Der Begriff der Verfügung und der Genehmigung im Devisenrecht

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der juristischen Fakultät
der Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin

vorgelegt von

Gerhard Petschelt
aus Riegel-Simsdorf Kreis Neumarkt i/Schl.

Tag der Promotion 27. 11. 1937.

1937

Buchdruckerei Otto Mauser, Forchheim (Ofr.), Klosterstraße 16.

J 59

Dekan: Professor Dr. Graf v. Gleispach

1. Gutachter: Geheimrat Professor Dr. Bernhak
2. Gutachter: Geheimrat Professor Dr. Heymann

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Literaturverzeichnis.

Ball, Steuerlehre und allgemeines Steuerrecht. J. Bensheimer, Mannheim, Berlin, Leipzig 1933.

Bernard, Devisenbewirtschaftung, Verordnung des Reichspräsidenten vom 1. August 1931, in JW 1931 S. 2278.

Binder, Vermögensrecht und Gegenstand, im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 34 S. 209.

Blau, Devisenrecht und Privatrecht, in IherJahrb. Bd. 83 S. 201 ff.

Blau-Oestering, Steuerrecht und BGB, C. Heymanns Verlag, Berlin 1934.

Bühler, Allgemeines Steuerrecht, Berlin 1927, Verlag von Franz Vahlen.

Buschke, Die deutsche Devisenbewirtschaftung, C. Heymanns Verlag, Berlin 1934.

Carlebach, Hat die Genehmigung der Devisenbewirtschaftungsstelle im Zwangsvollstreckungsverfahren rückwirkende Kraft? in JW 1932 S. 3696.

Caro, Devisenbewirtschaftung und Notare, in Zeitschrift des deutschen Notarvereins, herausgegeben vom deutschen Notarverein, Jahrg. 1931 S. 569, 703 und Jahrgang 1932 S. 78, 210, 418 610 ff.

Dietrich, Welche materiellrechtliche Bedeutung hat die Devisengenehmigung? in Deutsche Justiz 1934 S. 1404 u. 1935 S. 785.

Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I Bd.: Einleitung, Allgemeiner Teil. von Ludwig Enneccerus. 13. Bearbeitung von H. C. Nipperdey, Marburg N. G. Elwert'sche Verlagsbuchhandlung (G. Braun) 1931.

Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, II. Bd.: Recht der Schuldverhältnisse, 12. Bearbeitung von H. Lehmann, Marburg, N. G. Elwert'sche Verlagsbuchhandlg. (G. Braun) 1932.

Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen 1928.

Förster-Kann, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 3. Aufl., C. Heymanns Verlag, Berlin, Bd. I 1913, Bd. II 1926.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen 1931.

Fuchs, Zur Auslegung des § 171 FGG, im Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat, 6. Jahrgang S. 489.

Gerstberger, Kann die Reichsmarkforderung eines Ausländers ohne Genehmigung der Devisenbewirtschaftungsstelle durch Anordnung

und Vollziehung eines Arrests gesichert werden? in JW 1934 S. 1156.

Goldbaum, Währungsnotrecht, Teil II. Verlag: Georg Stilke, Berlin 1932.

Grübel, Die Bedeutung der Genehmigung im Devisenrecht, in JW 1932 S. 1956.

Guckenheimer, Der Einfluß der Devisengenehmigung auf das Zwangsversteigerungsverfahren, in JW 1932 S. 986.

Güthe-Triebel, Grundbuchordnung für das Deutsche Reich, 5. Aufl. Bd. I Verlag von Franz Vahlen, Berlin 1929.

Hartenstein, Devisennotrecht, Kommentar zum Devisengesetz, C. Heymanns Verlag, Berlin 1935.

Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung, Leipzig 1901.

Jastrow, Die Verrichtungen des Vormundschaftsgericht bei güterrechtlichen Streitigkeiten unter Ehegatten, in Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 25 S. 128 ff.

Kipp, Theodor, Zur Lehre von der Schuldübernahme, in Iherings Jahrbücher, Bd. 36, S. 336.

Krücke, Die Verfügung des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Inaug. Diss. Marburg, Universitätsbuchdruckerei von Joh. Aug. Koch, 1907.

Kutschmann, Wirtschaftliches Eigentum und Eigenbesitz, in JW 1933 S. 313.

Langen, In einer Anmerkung zum Urteil des Reichsgerichts vom 29. Januar 1935 (VII 272/34) in JW 1935 S. 1556.

Lion-Hartenstein, Steuer- und Devisennotrecht, erläutert von Dr. Max Lion und Dr. Hans Hartenstein, C. Heymanns Verlag, Berlin 1932.

Merk, Reichsgericht und Steuerrecht, in Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, Bd. IV: Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, Verlag Walter de Gruyter & Co. Berlin und Leipzig 1929.

Müller, Karl Hermann, Die Wirkung der devisenrechtlichen Vorschriften auf den Zivilprozeß und das Grundbuchrecht, in JW 1932 S. 1997.

Pagenstecher, Max, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft, Verlag von Franz Vahlen, Berlin 1905.

Pröhl, Das Devisennotrecht in der Praxis, Verlag von Reinmar Hobbing, Berlin 1932.

Raape, Zustimmung und Vollmacht, im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 121 S. 257; Bd. 123 S. 194.

Reichel, Die Zwangsüberweisung gepfändeter Fahrnis an den Gläubiger (§ 825 ZPO). Ihre bürgerlich-rechtlichen Auswirkungen. in Iherings Jahrbüchern Bd. 53 S. 108.

Reichsgerichtsräte-Kommentar, Das Bürgerliche Gesetzbuch, 8. Aufl. Bd. I Allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse (Allg. Teil, Walter de Gruyter, Berlin und Leipzig 1934.

Reinhard-Müller, Das Zwangsversteigerungsgesetz, 3. u. 4. Aufl. Verlag von W. Kohlhammer, Stuttgart 1931.

Seuffert-Walsmann, Kommentar zur Zivilprozeßordnung von Lothar Seuffert. 12. Aufl. Bd. II., bearbeitet von H. Walsmann, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1933.

Sohm, Rudolph, Vermögensrecht. Gegenstand. Verfügung im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 28 S. 173.

Sohm, Rudolph, Der Gegenstand, in „Drei Beiträge zum bürgerlichen Recht", Festgabe für Heinrich Degenkolb, Verlag von Duncker und Humblott, Leipzig 1905.

Schlegelberger, Die Gesetze über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit für das Reich und Preußen. 4. Aufl. Bd. II. C. Heymanns Verlag Berlin 1935.

Schoen, Die devisenrechtliche Bedeutung der Patentübertragung auf Ausländer, in JW 1935 S. 3131.

Schultze, Fritz, Devisenbewirtschaftung und Zwangsvollstreckung, in JW 1932 S. 2001 ff.

Schulz, Erich, Der Begriff der Verfügung im bürgerlichen Recht, Inaug. Diss. Breslau 1903. Druck: Theo Schatzky.

v. Staudinger's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz, Bd. I: Allgemeiner Teil, 9. Aufl. J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München, Berlin, Leipzig 1925.

Steegmann-Heß, Wegweiser durch das Devisenrecht. Verlag für Wirtschaftswerbungen G.m.b.H., Berlin 1935.

Stein-Jonas, Kommentar zur Zivilprozeßordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 8. November 1933, Bd. I und II. Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) in Tübingen 1934.

Steiner, Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung, 5. Aufl. J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München, Berlin und Leipzig 1935.

Stengel-Fleischmann, Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, 2. Aufl. Bd. II, Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen 1913.

Strohal, Emil, Schuldübernahme, in Iherings Jahrbücher Bd. 57 S. 234 ff.

Szkolny, Zur Auslegung der Devisenverordnung, in JW 1931 S. 3598.

Thiele, Die Bedeutung der nachträglichen Devisengenehmigung im Devisenrecht und für Zwangsvollstreckungsakte, in JW 1935 S. 3130.

Titze, Bürgerliches Recht, Recht der Schuldverhältnisse, 4. Aufl. Verlag von Julius Springer, Berlin 1932.

v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs, II. Bd. 1. Hälfte, Verlag von Duncker und Humblott, München und Leipzig 1914.
v. Tuhr, Zum Begriff der Verfügung nach BGB, im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 117 S. 193 ff.
Westfeld, Anwaltspraxis und Devisengesetzgebung, in JW 1932 S. 3571.
Wietfeld, Zum Begriff des wirtschaftlichen Eigentums im Sinne des § 80 A. O. und § 6 GrErwStG, in JW 1929 S. 2114.

Abkürzungen:

AO = Reichsabgabenordnung.
Archiv = Archiv für bürgerliches Recht.
Archiv f. ziv. Prax. = Archiv für die zivilistische Praxis.
DevG = Gesetz über die Devisenbewirtschaftung vom 4. 2. 1934.
DevVO = Verordnung über die Devisenbewirtschaftung v. 1. 8. 1931.
DevVO von 1932 = Verordnung über die Devisenbewirtschaftung vom 23. 5. 1932.
DJ = Deutsche Justiz.
DurchfVO = Durchführungsverordnung.
EinkStG = Einkommensteuergesetz vom 16. 10. 1934.
FGG = Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.
GBO = Grundbuchordnung.
GrErStG = Grunderwerbssteuergesetz.
HGB = Handelsgesetzbuch.
JherJahrb = Iherings Jahrbücher.
JW = Juristische Wochenschrift.
KG = Kammergericht.
RFH = Reichsfinanzhof.
RGBl = Reichsgesetzblatt.
RGRG = Reichsgerichtsrätekommentar.
RGSt = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
RGZ = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Ri = Richtlinien für die Devisenbewirtschaftung.
StAnpG = Steueranpassungsgesetz vom 16. 10. 1934.
StrSen = Strafsenat.
Warneyer = Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Otto Warneyer.
ZivSen = Zivilsenat.
ZPO = Zivilprozeßordnung.
ZVG = Zwangsversteigerungsgesetz.
Ztschr.d.NotV = Zeitschrift des deutschen Notarvereins.
Ztschr.f.dtsch.Z.Pr. = Zeitschrift für den deutschen Zivilprozeß.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Hauptteil I.

Einleitung: Das Problem 1

Teil I.

§ 1. Die Stellung des Schrifttums und der Praxis zum Verfügungsbegriff des Devisengesetzes . . . 1

§ 2. Definition des Begriffs „Verfügung" in der Literatur des BGB 2

§ 3. Die Uebertragbarkeit dieses Begriffs auf andere Gesetze . 2

§ 4. Normen, in denen das Devisengesetz von Verfügungen spricht 2

Teil II.

I. Die rechtsgeschäftliche Verfügung 3

§ 5. Die Verfügung im Devisenrecht ist nicht nur auf zweiseitige Rechtsgeschäfte beschränkt 3

§ 6. Der Begriff der Verfügung ist im Devisenrecht einheitlich, nur seine Abgrenzung ist verschieden. Die Abgrenzung des Verfügungsbegriffs 5

§ 7. Die Verfügung „zugunsten eines Ausländers . . 6

§ 8. Die Schuldübernahme als Verfügung und das sich daraus ergebende Genehmigungserfordernis trotz II 32b Ri . 8

§ 9. Die letztwilligen Verfügungen sind keine Verfügungen im Sinne des Devisengesetzes 9

II. Die Verfügung im Devisenrecht ist nicht nur ein Rechtsgeschäft: die Zwangsverfügung 10

§ 10. Der Tatbestand der Zwangsverfügung 10

§ 11. Die Wirkung der Zwangsverfügung 10

A. Zwangsverfügungen gegen einen devisenrechtlichen Gegenstand . 11

§ 12. Einzelne Zwangsverfügungen 11

§ 13. Die Versteigerung nach § 814 ZPO als Verfügung . 12

§ 14. Die Zwangsüberweisung nach § 825 ZPO als Verfügung 13

B. Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung zur Beitreibung einer genehmigungsbedürftigen Forderung als Verfügung im Sinne von § 7 Abs. 1 S. 2 DevG . . 14

§ 15a. Die Stellung der DevVO. von 1931 zu dieser Frage . 14

§ 15b. Die Stellung des DevG. zu dieser Frage . . 15

§ 16. Einzelne Akte, die sich im Laufe des Verfahrens als Verfügungen ergeben 15

Seite

§ 17. Die Vorpfändung als Verfügung 16

C. Verfügungen im Wege der Arrestvollziehung . . . 17

§ 18a. Gegen einen devisenrechtlich befangenen Gegenstand . 17

§ 18b. Wegen eines solchen Gegenstandes 17

§ 19. Die einstweilige Verfügung 18

III. Die Verfügung im tatsächlichen, wirtschaftlichen Sinne . 19

§ 20. Die Uebernahme des wirtschaftlichen Verfügungsbegriffs aus dem Steuerrecht, an Hand von § 10 DevG und § 35 DevG dargelegt 19

Teil III. Die Anwendbarkeit der Normengruppen, in denen das BGB von Verfügung spricht, insbesondere der §§ 812, 185 BGB auf die Verfügung des Devisenrechts 23

§ 21a. Die Anwendbarkeit auf die rechtsgeschäftliche Verfügung 23

§ 21b. Die Anwendbarkeit der §§ 812, 816 BGB auf die Zwangsverfügung 24

§ 22. Die Anwendbarkeit des § 185 BGB auf die Zwangsverfügung 25

§ 23. Die Anwendbarkeit der §§ 812, 816 BGB auf die tatsächliche Verfügung 26

§ 24. Die Anwendbarkeit des § 185 BGB auf die tatsächliche Verfügung 27

Teil IV.

Der Gegenstand der Verfügung im Devisenrecht . . 29

§ 25. Der Verfügungsgegenstand ist immer nur ein Recht . 29

§ 26. Der Begriff der Forderung im Devisenrecht . . 30

§ 27. Der Begriff der Wertpapiere im Devisenrecht . . 31

§ 28. Schlußbemerkung 32

Hauptteil II.

Die Genehmigung

A. § 1. Das Wesen der Genehmigung der Devisenstellen u. Ueberwachungsstellen 33

§ 2. Die privatrechtliche Bedeutung der Genehmigung für das abgeschlossene Geschäft 33

§ 3. Insbesondere die absolute und relative Nichtigkeit . 35

§ 4. Die Heilung nicht-rechtsgeschäftlicher Akte durch die Genehmigung 36

§ 5. Die zivilrechtliche Bedeutung des Genehmigungserfordernisses für das Verhältnis vom Gläubiger zum Schuldner, insbesondere

a) Die Frage des Schuldnerverzugs infolge Fehlens der Genehmigung 38

Seite

b) Die Frage des Gläubigerverzugs infolge Fehlens der Genehmigung 39

§ 6. Die Umwandlung des bestehenden Schuldverhältnisses gemäß der Genehmigung der Devisenstellen . . 40

B. Die Bedeutung der devisenrechtlichen Genehmigung im Zivilprozeß

§ 7. Die Genehmigung ist bereits im Erkenntnisverfahren von Amts wegen zu berücksichtigen 42

§ 8. Die Bindung der Gerichte an die Genehmigung bzw. an die Versagung der Genehmigung 44

§ 9. Genehmigung und Grundbuchrecht 46

§ 10. Die Genehmigung in der Zwangsvollstreckung . . 47

§ 11a. Die Genehmigung zur Zwangsversteigerung . . 49

§ 11b. Die Genehmigung zur Zwangsverwaltung . . . 49

C. Die nachträgliche Unwirksamkeit der Genehmigung

§ 12. Die Bedeutung derselben für das materielle Recht . 49

§ 13. Die Bedeutung des Unwirksamwerdens im gerichtlichen Verfahren 50

§ 14. Schlußbemerkung 53

Hauptteil I.

Einleitung: Das Problem.

Teil I.

§ 1. Die Stellung des Schrifttums und der Praxis zum Verfügungsbegriff des Devisengesetzes.

Das Problem des ersten Hauptteils der nachfolgenden Untersuchung ist, ob der Begriff der Verfügung, wie er für das Bürgerliche Gesetzbuch herausgearbeitet wurde, sich mit dem Verfügungsbegriff des Devisengesetzes vom 4. Februar 1935 (RGBl. I S. 105) deckt. Verfolgt man einmal die Literatur, die sich mit diesem Problem befaßt, so findet man, daß jede Abhandlung von der These getragen wird: Der Begriff der Verfügung hat im Devisengesetz dieselbe umfassende Bedeutung wie nach allgemeinem bürgerlichem Recht.[1]) Auf diesem Standpunkt steht auch unser höchster Gerichtshof in einer Entscheidung vom 2. März 1933 (II. 834/32) in RGSt Bd. 67/130/136. Dieser Verweis scheint eine ausgezeichnete Lösung zu sein, er bleibt aber an der Oberfläche, denn bei genauerem Hinsehen merkt man, wie die Literatur dem bürgerlich-rechtlichen Verfügungsbegriff hier und da Konzessionen machen muß, um überhaupt den Zweck der Devisenbestimmungen gerecht zu werden. Man schränkt den Begriff ein, man erweitert ihn sogleich bei der nächsten Devisenrechtsnorm und es ist bezeichnend, wenn Goldbaum [2]) sagt,

„Bemerkt mag noch werden, daß im Rahmen der Devisengesetzgebung der Begriff nicht einheitlich ist."

Und an einer anderen Stelle [3]):

„Der Begriff der Verfügung ist in einem Sinne verwandt, der ungewöhnlich ist."

An solchen knappen Aeußerungen erkennt man das Streben, ja die Notwendigkeit, die Fesseln des wohl geprägten, aber doch starren bürgerlichrechtlichen Verfügungsbegriffs abzuschütteln, andererseits wieder das Haften an dem, was Wissenschaft und Praxis in jahrzehntelanger Arbeit errungen haben.

1) Hartenstein § 9 Anm. 7; Bernard JW 1931 S. 2278; Steegmann S. 29.
2) S. 27.
3) S. 34.

§ 2. Definition des Begriffs „Verfügung" in der Literatur des BGB.

Das Ergebnis der Arbeit für das bürgerliche Recht ist, daß das BGB unter Verfügung die Willenserklärung versteht, die unmittelbar einen Rechtsverlust oder eine belastende Rechtsänderung herbeiführt, also „ein Rechtsgeschäft, durch das unmittelbar ein Recht übertragen, belastet, in seinem Inhalt verändert oder aufgehoben wird."[4])

Diese Definition kann man ohne weiteres als die durchaus herrschende ansehen, im übrigen muß es hier genügen, auf die Literatur zu verweisen.[5])

Die Verfügung im Sinn des Bürgerlichen Gesetzbuches ist somit ein Rechtsgeschäft und alles andere hat mit Verfügung nichts gemein.

§ 3. Uebertragbarkeit dieses Begriffs auf andere Gesetze.

Dieser Begriff, wie er oben definiert ist, gilt für das BGB und ist auf andere Gesetze, die den Ausdruck Verfügung aufweisen, nicht schlechterdings zu übertragen.[6]) Es gilt aus dem Sinn dieses anderen Gesetzes heraus zu prüfen, wie dieser Ausdruck dort zu verstehen ist. Das Gesetz betr. die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit z. B. soll unter Verfügung jede rechtsgeschäftliche Willenserklärung verstehen.[7]) Das Wirtschafts- und Steuerrecht, die man heute als Pioniere der Gesetzgebung bezeichnen kann, haben eine Ausdehnung des Verfügungsbegriffs auf bloß tatsächliche Verfügungen im wirtschaftlichen Sinn anerkannt, insbesondere im Gesellschaftsrecht für das Verhältnis des überwiegend Beteiligten gegenüber der rechtlich selbständigen, tatsächlich von seinem Willen aber abhängigen Gesellschaft.

Es gilt also aus den Bestimmungen des Devisengesetzes, stets in Verbindung mit dem von ihnen zu erstrebenden Ziel, die Erkenntnis dessen zu gewinnen, was das Devisengesetz unter dem Wort „Verfügung" verstanden wissen will. Eine dahingehende Untersuchung soll gewagt werden, auch wenn Fehltritte zu befürchten sind, handelt es sich doch bei dem Begriff der Verfügung um ein Gebiet, von dem Raape im ArchzivPr. Bd. 123 S. 201 sagt, daß man sich „auf einem so schlüpfrigen Boden" bewege, wo „ein von Tuhr mehrfach ausglitt."

§ 4. Normen, in denen das DevG. von Verfügungen spricht.

Genau wie das BGB, so vermeidet es auch das DevG., eine Bestimmung des Begriffs Verfügung zu geben. Das BGB weist

4) Enneccerus-Nipp. § 134 II.
5) Vergl. Angaben bei Staudinger vor § 104 BGB.
6) Staudinger vor § 104 BGB Anm. VIII A.
7) Schlegelberger § 171 FGG Anm. 1; Fuchs a.a.O.

wenigstens mehrere Akte auf, die das Gesetz selbst bald direkt, bald versteckt als Verfügung bezeichnet, so z. B.:

Veräußerung und Belastung §§ 353, 2375

Uebertragung des Eigentums an einem Grundstück, Belastung eines Grundstücks mit einem Rechte, Uebertragung und Belastung eines solchen Rechts §§ 878 mit 873 . . .

Einziehung einer Forderung, des Miet- und Pachtzinses, einer Hypothekenforderung, Grundschuld, Rentenschuld, §§ 1074, 1124, 2114, 1282 usw.[8])

Das DevG. ist dagegen spärlicher in seinen Angaben. Es nennt nur die Veräußerung eine Verfügung, so in den §§ 9, 21, 2 und als Verfügung über Wertpapiere gilt auch die Einräumung eines Anspruchs auf Uebereignung von Wertpapieren, insbesondere durch Gutschrift auf Stückekonto (§ 7 Abs. 2 S. 2 Dev.G.) Daneben bezeichnet § 7 Abs. 1 S. 2 DevG. als Verfügung im Sinne dieses Gesetzes auch eine Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung. Endlich wird man noch die Richtlinien II 9, 19, 40 Ri zu Rate zu ziehen haben.

Schon diese Aufstellung zeigt, daß das DevG. den Ausdruck Verfügung in verschiedener Weise kennt:

1. rechtsgeschäftliche Verfügung,
2. Zwangsverfügung.

Es wird zu untersuchen sein, ob das DevG. nicht auch Verfügungen rein tatsächlicher Natur kennt und diese in ihrer Wirkung den beiden anderen Verfügungsarten gleichstellt.

Es soll im folgenden nicht jede einzelne Norm des Devisengesetzes, die die Worte „Verfügung" und „Verfügen" enthält, herangezogen werden. Es soll unter Verweisung auf Bekanntes nur an herausgegriffenen Beispielen die Eigenwilligkeit des Begriffs Verfügung im Devisenrecht gezeigt werden.

Teil II.

I. Die rechtsgeschäftliche Verfügung.

§ 5. Die Verfügung im Devisenrecht ist nicht nur auf zweiseitige Rechtsgeschäfte beschränkt.

Auszugehen hat eine Untersuchung von dem § 9 DevG., der in seinem zweiten Absatz besagt, daß über ausländische Zahlungsmittel oder Forderungen in ausländischer Währung nur mit Genehmigung

8) Schulz S. 11.

verfügt werden darf, „es sei denn, daß die Werte an die Reichsbank oder eine Devisenbank veräußert werden."

Es ist also soviel sicher, daß die Veräußerung eine Verfügung ist, und wenn man sich die Richtlinien (II 9, 10, 21, 40, 41) vornimmt, ist ebenfalls sicher, daß nicht nur die Veräußerung eine Verfügung im Sinne des DevG. ist, denn sonst hätte es dieser einschränkenden Bestimmungen nicht bedurft.

Genau wie das BGB, so spricht auch das DevG., immer von einer Verfügung über einen Gegenstand, der Ausdruck wird also stets transitiv gebraucht, wodurch ganz im Gegensatz zu § 171 FGG eine schon äußerliche Ähnlichkeit zum Verfügungsbegriff des BGB zutage tritt. Aber diese Äußerlichkeit kann ebenso wenig wie die Tatsache, daß das DevG. die wichtigste Verfügung des BGB, die Veräußerung, ebenfalls als solche bezeichnet, zu der These führen, Verfügung sei gleich Verfügung. Dazu geben denn doch die Einschränkungen der Richtlinien allzu große Bedenken. Wenn nämlich da gesagt wird (II 9, 40 Ri), die Kündigung, der Verzicht auf die Forderung und grundsätzlich auch die Stundung gelten nicht als Verfügung, so ist hier schon gegenüber dem bürgerlichen Recht eine Besonderheit geschaffen, die umso größer wird, wenn man sich klar macht, daß hier stets einseitige Rechtsgeschäfte genannt sind. Die Annahme, daß das DevG. den Begriff Verfügung nur auf zweiseitige Rechtsgeschäfte beschränkt wissen will, ist auf den ersten Blick nicht völlig von der Hand zu weisen[9]). Man muß sich aber einmal fragen: Ist der deutschen Währung gedient, wenn nur zweiseitige Rechtsgeschäfte Verfügungen sind und damit unter den Genehmigungszwang fallen oder müssen auch einseitige Akte dazu rechnen, weil durch sie eine unmittelbare Veränderung des Gegenstandes und damit der deutschen Währung herbeigeführt werden könnte? Es ist doch zweifellos, daß der Gesetzgeber so eng nicht gedacht hat, daß er sich an Hand der Rechtsprechung und Literatur zu dieser wichtigen Frage des BGB klar darüber war, daß eine unmittelbare Veränderung des Gegenstandes sehr wohl durch einseitige Rechtsgeschäfte möglich ist. Man wird hier vielleicht einwenden, daß es erst einer besonderen Untersuchung bedarf, ob denn das DevG. auf eine unmittelbare Einwirkung auf den Gegenstand abstelle. Dem wird man folgendes zu erwidern haben. In diesem Abschnitte ist nur von der rechtsgeschäftlichen Verfügung, von der auch das DevG. ausgeht, die Rede, ohne vorerst danach zu fragen, ob die Verfügung im Devisenrecht nicht etwa mehr ist als ein Rechtsgeschäft. Unter diesem engen Gesichtspunkt geht man kaum fehl, wenn man mit der allgemeinen Meinung den bürgerlichrechtlichen Verfügungsbegriff in das DevG.

9) so auch Grübel in JW 1932 S. 1956.

herübernimmt. Und das Hauptmerkmal dieses Begriffes ist ja gerade die unmittelbare Einwirkung auf den Gegenstand, ein Merkmal, das das Verfügungsgeschäft vom Verpflichtungsgeschäft grundlegend unterscheidet. Wenn in den Richtlinien einzelne Verfügungen vom Genehmigungszwang ausgenommen sind, so handelt es sich um solche, die den Schuldner irgendwie begünstigen, was sich daran zeigt, daß eine Stundung nur dann genehmigungsfrei ist, wenn mit ihr nicht die Zins- und Tilgungsbedingungen zu Ungunsten des Schuldners abgeändert werden. Es handelt sich hier also um echte Ausnahmen, die nicht zu der Annahme rechtfertigen, Verfügungen im Devisenrecht seien nur Verträge, wie Veräußerung oder Abtretung. Verfügung, in dem hier als Ausgangspunkt der Untersuchung verstandenen Sinn, ist somit jedes Rechtsgeschäft, das unmittelbar auf Veränderung, Aufhebung oder Belastung eines Rechts hinzielt.

§ 6. Der Begriff der Verfügung ist im Devisenrecht einheitlich, nur seine Abgrenzung ist verschieden.

Die Abgrenzung des Verfügungsbegriffs.

So klar dieser Begriff in seiner Definition ist, so schwer ist es, die richtige Abgrenzung zu finden, zumal das DevG. selbst in seinen Bestimmungen die Abgrenzung recht verschieden gestaltet, insofern es einmal wie in § 9 Abs. 2 DevG. allgemein von Verfügungen über ausländische Zahlungsmittel oder Forderungen in ausländischer Währung spricht, ein andermal wie in § 11 Abs. 2 DevG. bei Reichsmarkforderungen, nur von Verfügungen zugunsten eines Ausländers. Es ist sicher, daß in all diesen Fällen der Begriff der Verfügung stets derselbe ist,[10]) nur seine Abgrenzung ist verschieden vorgenommen worden, je nachdem wie die Belange der deutschen Währung am besten zu wahren sind. Und wenn zwischen Forderungen von Inländern gegen Ausländer und Forderungen von Ausländern gegen Inländer geschieden wird und je nach der verschiedenartigen Interessenlage die eine oder andere Verfügung von der Genehmigung befreit ist, (vgl. II 9, 40, 19, 5 Abs. 2, 20, 37 a u. b, 37 c Ri) so ist es doch nicht zutreffend, wenn Hartenstein § 9 DevG. Anm. 12 S. 105 von einer Einschränkung des Verfügungsbegriffs spricht. Wenn z. B. in II 20 Ri die Entgegennahme einer Reichsmarkzahlung einem Inländer von einem anderen Inländer als Erfüllung der Fremdwährungsforderung gegen einen Ausländer ohne Genehmigung gestattet ist, so handelt es sich trotzdem immer noch um eine Verfügung, da der Gläubiger durch die Annahme der Leistung als Erfüllung zugunsten des ausländischen Schuldners über die Forderung verfügt.

10) a. A. anscheinend die gesamte Literatur.

§ 7. Die Verfügung „zugunsten eines Ausländers."

Es fragt sich, was das Gesetz unter einer Verfügung zugunsten eines Ausländers versteht (z. B. § 11 Abs. 2 DevG.), denn bei Reichs- oder Goldmarkforderungen ist das Genehmigungserfordernis hierauf beschränkt, ohne Rücksicht darauf, ob die Forderung, über die verfügt wird, einem In- oder Ausländer zusteht und sich gegen einen In- oder Ausländer richtet. Durch eine solche Verfügung muß der Ausländer irgendwie günstiger gestellt sein. Das Reichsgericht hat in Strafsachen Bd. 68/130/140 JW 1934 S. 1786 für § 20 DevG., der von einer auf Reichsmark oder Goldmark lautenden Forderung spricht, die zugunsten eines Ausländers entstanden ist, entschieden, daß hier die Gläubigerstellung nach bürgerlichem Recht nicht darüber hinaus eine nur wirtschaftliche Berechtigung gemeint ist. Diese Entscheidung wird auch für die Beantwortung der Frage zitiert, ob bei einer Verfügung zugunsten eines Ausländers im Sinne von § 11 Abs. 2 DevG. ebenfalls eine rechtliche Begünstigung allein in Frage komme, und die Antwort wird stets in diesem einschränkenden Sinne gegeben.[11]) Das kann durch eine Zahlung bei dem Gläubiger geschehen, aber auch durch jede Zahlung an einen Dritten, wenn damit die Schuld des Zahlenden gegen den Ausländer getilgt wird, z. B. durch Tilgung einer Schuld des Ausländers beim Empfänger oder durch Entstehenlassen einer Forderung des Ausländers an den Empfänger. Es kommen hier alle Verfügungen in Betracht, die der ausländische Schuldner zugunsten des ausländischen Gläubigers, aber auch solche, die der ausländische Gläubiger zugunsten des ausländischen Schuldners vornimmt, mit anderen Worten, Verfügungen, die jeder andere als der Begünstigte selbst tätigt. Dabei zeigt sich, daß unter diesem Gesichtspunkt die Ablösung einer Forderung eines Inländers gegen einen Ausländer nach § 268 BGB keine Verfügung ist, denn hier entsteht keine rechtliche Begünstigung des Ausländers, gleiches gilt für die Erfüllung einer Bürgschaftsverpflichtung und für die Erfüllung von Verpflichtungen aus Gesamtschuldverhältnissen, denn hier wird die Schuld des Ausländers nicht endgültig getilgt, sondern es findet eigentlich nur ein Wechsel der inländischen Gläubiger statt.

Handelt es sich dagegen nicht um Reichs- bezw. Goldmarkforderungen, sondern um Forderungen in ausländischer Währung, so ist sicher, daß die Ausübung eines Ablösungsrechts nach § 268 BGB eine genehmigungsbedürftige Verfügung nach § 9 Abs. 2 DevG. ist. Es ist aber sehr zweifelhaft, ob man bei dieser engen Auslegung den Sinn und Zweck des Gesetzes gerecht wird, ob es nicht notwendig

11) Hartenstein § 11 DevG. Anm. 5 S. 114.

ist, hier, da es sich um die Betrachtung der rechtsgeschäftlichen Verfügungen handelt, doch schon eine bloß wirtschaftliche Begünstigung als genügend anzusehen. Das würde bedeuten, daß in all den Fällen, in denen der ausländische Gläubiger einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den im Rechtssinne Begünstigten hat, von einer Verfügung im Sinne des § 11 Abs. 2 DevG. gesprochen werden muß und die Strafvorschrift des § 42 Abs. 1 Ziff. 3 DevG. zum Zuge käme. Wenn also an einen Inländer, der vertraglich einem Ausländer verpflichtet ist, bestimmte Zahlungen abzuführen, geleistet wird, so würde diese Zahlung an den Inländer eine wirtschaftliche Begünstigung des Ausländers bedeuten, es würde eine Verfügung zugunsten des Ausländers vorliegen. Das Reichsgericht hat in einer Entscheidung vom 25. Juni 1934 VI 120/34 in JW 1934 S. 2329 für den Fall, daß nur Bruchteile der Zahlung abzuführen sind, eine solche Verfügung nicht anerkannt. Das mag unbedenklich sein, wenn aber der Inländer verpflichtet gewesen wäre, die volle Summe abzuführen, dann hätte das Reichsgericht sicher anders entschieden, es würde heute, nachdem das Urteil des 6. StrSen. vom 5. August 1935 6. D. 72/35 in JW 1935 S. 2957 ergangen ist, und in dieser Frage eine große Auflockerung, um nicht zu sagen einen Wandel gebracht hat, bestimmt nur im wirtschaftlichen Sinn entscheiden können. Es soll freilich dabei nicht übersehen werden, daß die beiden Fälle, mit denen sich das Reichsgericht zu beschäftigen hatte, völlig voneinander verschieden sind, was wohl Hartenstein in seiner Anmerkung in JW 1935 S. 2960 zu verkennen scheint. Denn bei der hiesigen Frage handelt es sich darum, ob die Begünstigung eine solche im Rechtssinne sein muß, während sich das letztgenannte Urteil mit der Frage u. a. zu beschäftigen hatte, ob die Verfügung des Devisenrechts nur eine solche im Rechtssinne sein kann. Beides aber ist so streng miteinander verbunden, daß man mit Recht auf diese ungemein wichtige Entscheidung auch in diesem Zusammenhang verwiesen werden kann.

Aus diesen Beispielen zeigt sich, daß über die Forderung nicht nur der Schuldner oder ein Dritter, sondern sehr wohl auch durch die Annahme der Leistung der Gläubiger verfügen kann.[12]) Ueber die Frage, ob die Einwilligung, die Vollmacht und die Genehmigung nach § 185 BGB Verfügungen sind, vgl. v. Tuhr in ArchZivPr Bd. 117 S. 93 und Raape im ArchZivPr Bd. 121 S. 257, 295 und Bd. 123 S. 194.

12) vgl. RGSt Bd. 67/130/137 und die entgegenstehende Ansicht für das BGB von Titze a.a.O. S. 59.

§ 8. Die Schuldübernahme als Verfügung und das sich daraus ergebende Genehmigungserfordernis trotz II 32 b Ri.

Eine andere Frage ist es, ob die Schuldübernahme in den Formen der §§ 414, 415 BGB eine Verfügung ist, und welche Folgen sich daraus im Hinblick auf II 32 b Ri ergeben, der die nach § 416 BGB erfolgende Genehmigung des inländischen Gläubigers zur Schuldübernahme durch den ausländischen Erwerber eines Grundstücks genehmigungsfrei stellt.

Eine Rechtsänderung kann dadurch eintreten, daß ein Wechsel im Rechtsobjekt stattfindet. Ein solcher Wechsel ist nicht möglich bei Sachen und Persönlichkeitsrechten, wohl aber bei Forderungen, denn diese werden durch ihren Entstehungsgrund selbst individualisiert. Jede Forderung bleibt auch beim Wechsel des Schuldners dieselbe, nur ändert sich ihre Beziehung auf ein bestimmtes Rechtsobjekt und ihr Inhalt wird durch eine Einsetzung eines neuen Schuldners geändert. Diese Veränderung wird nach § 414 BGB durch einen Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem neuen Schuldner unmittelbar bewirkt. Da aber jede unmittelbare Rechtsänderung, die vom Berechtigten vorgenommen wird, eine Verfügung ist, so ist auch die Schuldübernahme nach § 414 BGB eine solche und bleibt es auch, gleichgültig, ob man ihre Abart, die Schuldübernahme nach § 415 BGB, mit der herrschenden Lehre [13]) als eine nach § 185 Abs. 2 BGB wirksam werdende Schuldübernahme des § 414 BGB oder mit Kipp [14]) als Angebot zu einer Schuldübernahme nach § 414 BGB oder mit Strohal [15]) als eine vom Altschuldner ohne Vertretungsmacht abgeschlossene Schuldübernahme ansieht. In jedem Falle handelt es sich um einen verfügungsähnlichen Eingriff in das Forderungsrecht des Gläubigers, denn in Zukunft richtet sich dieses nicht mehr gegen den alten, sondern gegen den neuen Schuldner. Die Schuldübernahme nach §§ 414, 415 BGB ist also eine Verfügung im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches und ebenso des Devisengesetzes.

Diese Feststellung hat ihre Bedeutung für folgendes Problem. Gemäß II 32 Ri gilt es nicht als Krediteinräumung, wenn der inländische Gläubiger die Hypothekenübernahme durch den ausländischen Erwerber des Grundstücks gemäß § 416 BGB genehmigt, obwohl nicht abzustreiten ist, daß die Annahme einer Kreditgewährung an einen Ausländer sehr nahe liegt. Aber aus den oben dargelegten Gesichtspunkten ergibt sich, daß in der durch die Genehmigung nach § 416 BGB zustandekommenden Hypothekenübernahme durch den ausländi-

13) vgl. Enneccerus-Lehm. § 84 V.
14) JherJahrb. 36/336 ff.
15) JherJahrb. 57/234/441.

schen Grundstückserwerber eine Verfügung über eine Reichsmarkforderung zu sehen ist, die gemäß § 11 Abs. 2 DevG. der Genehmigung bedarf, wenn sie zugunsten eines Ausländers erfolgt[16]).

Bei Verfügungen über Wertpapiere ist noch hervorzuheben, daß hier der Verfügung über die Papiere selbst eine solche über einen auf Lieferung von Wertpapieren gerichteten Anspruch gleichsteht.

§ 9. Die letztwillige Verfügung ist keine Verfügung im Sinne des DevG.

Es kann abschließend gesagt werden, daß unter den Begriff der Verfügung im Devisenrecht, so wie er bisher aufgefaßt und begrenzt worden ist, die Verfügung im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches verstanden werden kann und muß. Es bleibt nur noch zu prüfen, ob hierunter nicht auch letztwillige Verfügungen zu rechnen sind, Verfügungen also, die für das Bürgerliche Gesetzbuch außerhalb des Begriffs der Verfügung stehen.

Um unter den Begriff Verfügung zu fallen, müßte durch eine letztwillige Verfügung eine unmittelbare Veränderung der Rechtslage eines der Devisenbewirtschaftung unterliegenden Gegenstandes eintreten. Wenn ein Inländer zugunsten eines Ausländers über Wertpapiere ein Testament errichtet, so behält er nach wie vor die Verfügungsmacht über die von dem Testament betroffenen Gegenstände. Es liegt auch kein Anlaß vor, aus Zweckmäßigkeitsgründen etwa eine Verfügungsbeschränkung in devisenrechtlicher Hinsicht zu unterschieben, da ja eine eine Abwanderung nach dem Ausland ohne Genehmigung nicht stattfindet (§ 17 Abs. 2 DevG.). Man wird daher sagen können, daß die Errichtung eines Testaments keine Verfügung im Sinne des Devisenrechts ist[17]).

Gleiches wird auch für Erbverträge zu gelten haben, denn die Wirkung der Erbverträge ist analog derjenigen der Testamente und nur dadurch von diesen verschieden, daß der Erblasser die vertragsmäßige Verfügung nicht einseitig zurücknehmen kann, vorbehaltlich der Vorschriften der §§ 2293 ff. BGB. Über sein Vermögen durch Rechtsgeschäft unter Lebenden zu verfügen, wird dem Erblasser durch den Erbvertrag grundsätzlich nicht verwehrt (§ 2286 BGB). Aus dieser Wirkung der letztwilligen Verfügung ergibt sich, daß man sie nicht unter die Verfügungen des Devisenrechts rechnen kann.

16) so auch Buschke S. 113.
17) ähnlich Pröhl S. 227.

II. Die Verfügung im Devisenrecht ist nicht nur ein Rechtsgeschäft. Die Zwangsverfügungen.

§ 10. Der Tatbestand der Zwangsverfügung.

Die Verfügung, wie wir sie bisher kennen gelernt haben, stellt sich als ein Rechtsgeschäft dar, und die herrschende Meinung nimmt für das BGB an, daß sie nur ein Rechtsgeschäft ist. Es soll hier nicht untersucht werden, ob man auch für das BGB darüber hinaus eine Erweiterung des Begriffs vornehmen soll. Eines muß aber für das bürgerliche Recht festgestellt werden, daß nur an ganz vereinzelten Punkten der rechtsgeschäftlichen Verfügung die Verfügung „im Wege der Zwangsvollstreckung" ausdrücklich gleichgestellt wird. Anders wohl das Devisengesetz, das ganz allgemein sagt: Als Verfügung im Sinne dieses Gesetzes gilt auch die Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung (§ 7 Abs. 1 S. 2 DevG.).

Es hieße Begriffsjurisprudenz treiben, wollte man hier bei dem Worte „gilt" einhaken und einen Streit heraufbeschwören, wie wir ihn an Hand des § 407 BGB zur Genüge kennen. Wichtig ist, den großen Gedanken, von dem das ganze Devisengesetzgebungswerk getragen wird, vornean zu stellen, nämlich zu verhindern, daß Volksvermögen abwandert. Allein unter diesem Gesichtswinkel hat man das Problem zu betrachten, ob der Begriff der Verfügung im Sinne des Devisengesetzes nur ein Rechtsgeschäft ist oder nicht.

Ein Rechtsgeschäft, das eine Verfügung enthält, ist stets eine Handlung, deren Erfolg eben deshalb eintritt, weil er vom Verfügenden gewollt ist. Aus diesem Grunde kann eine Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung, die dem Verfügenden abgezwungen wird, niemals ein Rechtsgeschäft sein. Bei den Verfügungsarten ist aber etwas gemeinsam, nämlich, daß jede von ihnen einen auf die Rechtsänderung gerichteten und erklärten Willen voraussetzt, daß beiden Verfügungsarten ein auf die Rechtsgestaltung abzielender Rechtsakt zugrunde liegt. Beide Verfügungsarten sind also in ihrem Tatbestande gleich. Zum Begriff der Verfügung im Devisenrecht gehört es nicht, daß ein Rechtsgeschäft die unmittelbare Ursache der Rechtsänderung ist, wohl aber, daß ein privater oder öffentlich rechtlicher Rechtsakt diese Ursache bildet.

§ 11. Die Wirkung der Zwangsverfügung.

Noch in einem anderen Punkte sind die rechtsgeschäftliche und die seit Sohm [18]) als Zwangsverfügung bezeichnete Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung zwar nicht gleich, aber doch wesensähnlich, nämlich in ihrer Wirkung. Bei beiden wird aus dem Recht

18) Gegenstand S. 15.

des Berechtigten verfügt und dieses verändert, bei der rechtsgeschäftlichen Verfügung durch den Berechtigten selbst, bei der Zwangsverfügung durch einen Akt der Staatsgewalt. Denn das Verfügungsrecht braucht nicht nur dem Subjekt des Rechts zuzustehen, es kann sich auch auf öffentlich-rechtliche Befugnis gründen. Und dies ist der Fall bei allen Verfügungen, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung erfolgen, in denen sich das Verfügungsrecht der hierbei tätigen Personen aus der mit der Beamteneigenschaft verbundenen Macht ergibt. Die ältere Lehre allerdings sah bei diesen Verfügungen nicht den Richter oder den Gerichtsvollzieher als die Verfügenden an, sondern war der Ansicht, daß auch hier in Wahrheit der verfüge, dessen Recht von der Verfügung betroffen werde, mithin das Subjekt des Rechts. Aber diese Auffassung, die von dem Gedanken getragen wird, nur das Subjekt des Rechts könne auch hierüber verfügen, gehört als unhaltbar der Vergangenheit an. Denn Richter bezw. Gerichtsvollzieher handeln allein und meistens verfügen sie wider den Willen oder doch mindestens völlig unabhängig von dem Willen des Subjekts, dem das betroffene Recht zusteht. Sie allein greifen durch ihre Erklärungen in bestehende Rechte oder Rechtsverhältnisse ein, somit sind auch sie nur als die Verfügenden anzusehen. Stein (§ 814 Abs. 1 ZPO) spricht von einer staatlichen Verfügung. Beides aber sind Vorgänge, die rechtlich geregelte Voraussetzungen und Wirkungen besitzen und so kann man die Tatbestände der rechtsgeschäftlichen und der Zwangsverfügung unter den gemeinsamen Begriff „Rechtsakt" bringen und die Verfügungen selbst unter dem Namen rechtsaktmäßige Verfügungen zusammenfassen.

Das Gesetz selbst kennt zwei Arten von Zwangsverfügungen.

1.) Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung.
2.) Verfügungen im Wege der Arrestvollziehung.

A. Zwangsverfügungen gegen einen devisenrechtlichen Gegenstand.

§ 12. Einzelne Zwangsverfügungen.

Eine Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung liegt stets dann vor, wenn der Gegenstand, über den verfügt wird, Objekt der Zwangsvollstreckung ist. Mit anderen Worten, wenn an einem Gegenstand, über den nur mit Genehmigung verfügt werden darf, ein Pfändungspfandrecht erworben wird. Es gehören hierher: die Pfändung (§§ 803, 930 ZPO), durch welche für den Gläubiger ein Pfandrecht entsteht; die Eintragung einer Zwangshypothek nach §§ 866, 932 ZPO auf einem Grundstück, das nach § 18 Abs. 2 DevG. den devisenrechtlichen Verfügungsbeschränkungen unterliegt; dann die Beschlag-

nahme dieses Grundstücks nach §§ 20 ff. ZVG, durch die der betreibende Gläubiger in ein pfandähnliches Verhältnis zum Grundstück tritt. Endlich die Ueberweisung der gepfändeten Forderung nach § 835 ZPO und der Zuschlag nach § 90 ZVG. Die Begründung eines Pfändungspfandrechts an einem Gegenstand ist nach § 7 Abs. 1 S. 2 DevG. ebenso eine Verfügung über den Gegenstand wie seine vertragliche Verpfändung. Also in den Fällen der Zwangsvollstreckung in diesen Gegenstand erfolgt eine Verfügung über ihn, es entsteht ein Pfandrecht und im Falle der Veräußerung neues Eigentum. Dies gilt bei der Zwangsvollstreckung in Devisen (§ 9 Abs. 2 DevG.), Gold (§ 10 DevG.), reine Auslandspapiere, Auslandbonds, Scrips und Fundierungsbonds (§§ 21 Abs. 1, 22 Abs. 1, 23 DevG.). Es gilt aber auch bei der Zwangsvollstreckung in alle gesperrten Forderungen (§§ 15—20 DevG.) ohne Rücksicht darauf, ob die Forderung, wegen der die Zwangsvollstreckung betrieben wird, von der Devisenbeschränkung berührt wird, insbesondere etwa einem Ausländer zusteht. Die Vollstreckung in beliebige Reichsmarkforderungen (§ 11 Abs. 2 DevG.) und in Anteilsrechte an Gesellschaften oder Körperschaften (§ 24 DevG.) fällt außerdem dann unter § 7 Abs. 1 S. 2 DevG., wenn der Gläubiger der Forderung, wegen welcher die Zwangsvollstreckung betrieben wird, ein Ausländer ist. In diesen Fällen wird daneben regelmäßig § 14 Abs. 2 DevG. eingreifen. Allerdings sind die Verfügungen nach §§ 11 Abs. 2, 14 Abs. 2 DevG. gemäß III 4 Abs. 2 Ri von dem Erfordernis der Genehmigung befreit.

§ 13. Die Versteigerung nach § 814 ZPO als Verfügung.

Zweifelhaft ist es, ob man in der Versteigerung des gepfändeten Gegenstandes, z. B. von Gold, durch den Gerichtsvollzieher nach § 814 ZPO eine Zwangsverfügung oder ein Rechtsgeschäft sehen soll. Von Thur[19]) hält sie für ein Rechtsgeschäft, da nach seiner Ansicht der Gerichtsvollzieher auf Grund einer ihm staatlich verliehenen Befugnis im Auftrag des Gläubigers über die Sache verfüge. Dieser Ansicht jedoch, die sich auf die früher angenommene Vertreterstellung des Gerichtsvollziehers stützt, wird man die richtige entgegenzuhalten haben, die sich aus der Stellung des Gerichtsvollziehers als eines öffentlichen Beamten, der als solcher die Zwangsgewalt des Staates ausübt, ergibt. Die Veräußerung findet statt durch ein Staatsorgan auf Grund der durch die Pfändung begründeten Verfügungsmacht des Staates. Dabei handelt es sich nicht um die Durchführung des Pfändungspfandrechts, denn dieses entsteht nicht bei jeder Pfändung. Voraussetzung dieser Veräußerung ist nur die Ordnungsmäßigkeit der Pfändung und

19) Allg. Teil S. 261.

sie ist in diesem Falle gesetzmäßig und wirksam, auch wenn kein Pfandrecht entsteht. Es handelt sich nach alledem nicht um einen Pfandverkauf im Sinne des bürgerlichen Rechts, den etwa der Gläubiger durch den Gerichtsvollzieher als seinen Vertreter vornehmen läßt, sondern um eine aus der staatlichen Verstrickung abgeleitete staatliche Verfügung[20]). Unter diesem Gesichtspunkt geht man nicht fehl, die Versteigerung nach § 814 ZPO ebenfalls unter die Zwangsverfügungen zu rechnen.

§ 14. Die Zwangsüberweisung nach § 825 ZPO als Verfügung.

Es bleibt noch zu untersuchen, ob auch die in § 825 ZPO gestattete Zwangsüberweisung anzusehen ist.

Bei dieser Zwangsüberweisung wird durch den Ueberweisungsbeschluß, d. h. durch die Handlung des Vollstreckungsorgans, nur die Einigung ersetzt[21]). Das Eigentum geht, wenn der Schuldner noch im Besitze des Pfandgegenstandes ist, erst mit der Uebergabe über. Man darf aber nicht verkennen, daß das verfügende Moment in der Einigung ohne Uebergabe liegt. Man kann also ohne Bedenken sagen, daß der zugestellte und rechtskräftige Ueberweisungsbeschluß als Zwangsverfügung anzusprechen ist. Reichel a. a. O. dagegen scheint der Ansicht zuzuneigen, daß auch hier, wie es einige Schriftsteller für die Pfandrechtsverwirklichung nach §§ 814 ff, ZPO tun, nur eine rechtsgeschäftliche Verfügung vorliegt. Er betont, daß die Ueberweisung nicht mit der Enteignung zu vergleichen sei[22]), und daß eine Eigentumsübertragung durch Richterspruch im Zwangswege unserem Rechte durchaus fremd sei. Er bezeichnet daher das Recht des Gläubigers aus § 825 ZPO als ein gerichtlich zu überprüfendes Recht, sich die Sache selbst zu übereignen und bezeichnet es als ein durch die Zwangsüberweisung realisiertes Hilfspfandrecht[23]). Er verkennt aber, daß weder das Pfandrecht der ZPO nach des BGB dem Gläubiger an sich das Recht gibt, die Sache als Zahlung zu behalten. Dieses Recht muß ihm erst im Einzelfall verliehen werden und das geschieht wohl in § 825 ZPO. Es ist nicht so, daß die Wirkung des Eigentumsübergangs und der Untergang der an der Sache bestehenden Rechte nach den Grundsätzen des rechtsgeschäftlichen Erwerbs eintritt, sondern diese Wirkungen knüpfen sich an die Uebergabe kraft Staatsakts[24]).

20) Stein § 814 ZPO Anm. 1.
21) so Reichel, a.a.O. S. 143/146.
22) S. 157.
23) Reichel a.a.O. S. 183.
24) Stein § 825 ZPO Anm. II, 1.

B. Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung zur Beitreibung einer genehmigungsbedürftigen Forderung als Verfügung im Sinne von § 7 Abs. 1 S. 2 DevG.

§ 15 a. Die Stellung der DevVO von 1931 zu dieser Frage.

Bis jetzt ist von Zwangsverfügungen über oder gegen Gegenstände des Devisenrechts, also Devisen, Gold, Auslandbonds usw. gesprochen worden und die in Frage kommenden Verfügungen wurden behandelt. Unberührt geblieben ist aber bis jetzt die wichtige Frage, die in Praxis und Schrifttum verschieden behandelt wird, ob Verfügungen im Sinne des Devisengesetzes auch solche sind, die nach § 7 Abs. 1 S. 2 DevG. wegen einer Forderung vorgenommen werden, über die nur mit Genehmigung verfügt werden darf, oder kurz anders ausgedrückt, „ob die Beitreibung einer Forderung mit den Mitteln der Zwangsvollstreckung eine genehmigungsbedürftige Verfügung im Sinne des § 7 Abs. 1 S. 2 DevG. sei." [25])

Läßt man das auch in dieser Arbeit unangetastet gebliebene Erfordernis der unmittelbaren Einwirkung auf den Gegenstand beiseite, so muß man ohne weiteres aus der Idee des Devisengesetzgebungswerkes heraus zu der Ansicht kommen, daß auch die Beitreibung einer Forderung mit Mitteln der Zwangsvollstreckung eine genehmigungsbedürftige Verfügung ist.[26]) In dieser Annahme wird man bestärkt, wenn man einmal die devisenrechtlichen Bestimmungen in ihren Anfängen verfolgt. In der DevVO. von 1931 und den ersten dazu gehörigen Durchführungsverordnungen gab es noch keine Sonderbestimmung wie sie § 14 DevG. aufweist, der doch ausdrücklich sagt, daß die Zwangsvollstreckung zur Herbeiführung einer genehmigungsbedürftigen Leistung der Genehmigung bedarf. Und Hartenstein[27]) geht durchaus nicht fehl, wenn er wörtlich sagt: „Nach dem Sinn und Zweck der DevVO. sollte offenbar jede durch die staatlichen Organe der Zwangsvollstreckung getroffene Verfügung einer rechtsgeschäftlichen Verfügung gleichstehen." Man mußte danach zu dem Ergebnis kommen, daß auch die Prozeßführung, insbesondere die Einleitung der Zwangsvollstreckung durch einen ausländischen Gläubiger z. B., eine Verfügung im Sinne des Devisenrechts ist und als solche der Genehmigung bedarf. Zu dieser Ausweitung des Verfügungsbegriffs zwang jedenfalls die DevVO. von 1931, die keinen besonderen Hinweis enthielt, daß die Einleitung der Zwangsvollstreckung zur Herbeiführung einer genehmigungsbedürftigen Leistung selbst der Genehmigung bedarf. Mit der Fortentwicklung des Devisenrechts in diese Sonderbestimmung aufge-

25) Hartenstein § 7 DevG. Anm. 3.
26) so Szkolny in JW 1931/3598, Guckenheimer in JW 1932/986.
27) JW 1932/ in einer Anm zum Urteil KG 12 13 271/31.

nommen worden und es mag fraglich sein, ob sie eine bloße Klarstellung bedeuten soll oder ob der Gesetzgeber zu erkennen geben wollte, daß eine so weite Ausdehnung des Verfügungsbegriffs nicht wünschenswert sei. Hartenstein[28]) nahm eine bloße Klarstellung an und ließ den Verfügungsbegriff in seiner Ausweitung, wie man ihn für die Devisenverordnung von 1931 unbedingt annehmen mußte. Denn welchen Sinn hätte das Devisenrecht, das doch ein Recht höchster Not ist, gehabt, wenn die Zwangsvollstreckung gegen einen Gegenstand der Genehmigung bedarf, die Beitreibung dieses Gegenstandes, z. B. einer gesperrten Forderung, ungehindert vonstatten gehen durfte. Es mußte für das alte Devisenrecht mit dem Erfordernis der unmittelbaren Einwirkung auf den betreffenden Gegenstand gebrochen werden. Anders in dem Augenblick, als der Gesetzgeber mit § 10 DurchfVO. VII vom 10. November 1931 (RGBl. I S. 673) die Einleitung der Zwangsvollstreckung selbst unter Genehmigungszwang stellte.

§ 15 b. Die Stellung des Devisengesetzes zu dieser Frage.

Mit dem Erlaß dieser Durchführungsverordnung bestanden keinerlei Bedenken, wieder eine Einschränkung des Verfügungsbegriffs dahin vorzunehmen, daß durch die Verfügung eine unmittelbare Einwirkung auf den Gegenstand stattfinden müsse. Unter diesem Gesichtspunkt konnte das Kammergericht seine beiden Entscheidungen treffen,[29]) in denen es ausführt, daß die Einleitung der Zwangsvollstreckung bzw. Zwangsversteigerung keine Verfügung sei.

§ 16. Einzelne Akte, die sich im Laufe des Verfahrens als Verfügungen ergeben.

Sieht man demnach in der Einleitung der Zwangsvollstreckung bzw. Zwangsversteigerung keine Verfügung, so bliebe zu untersuchen, ob nicht in einem späteren Zeitpunkt eine Verfügung über den Gegenstand eintritt. Verfehlt dürfte die Ansicht sein, die sich auf die beiden oben angeführten Beschlüsse des Kammergerichts stützt[30]) und die besagt, daß unter Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung nur die Verfügungen gegen eine Forderung oder einen anderen devisenrechtlich befangenen Gegenstand gemeint sind. Gewiß, praktisch spielt die Frage wegen § 41 DevG. eine geringe Rolle, aber wissenschaftlich muß man sich darüber klar sein.

Nehmen wir an, der Inhaber eines Altguthabens (§ 15 DevG.) will in irgend einen Gegenstand seines Schuldners zwangsvollstrecken.

28) JW 1932 S. 1980.
29) KG in JW 1932/1980; 1982.
30) neuerdings so Hartenstein § 7 DevG. Anm. 2.

Ist dann der Erwerb des Pfändungsrechts an dem gepfändeten Gegenstand eine Verfügung über sein Altguthaben? Sicher ergibt sich durch den Pfandrechtserwerb eine Verstärkung der Gläubigerstellung, aber eine Verfügung über seine Forderung bedeutet den Erwerb nicht. Dagegen wird man in der Auszahlung des Versteigerungserlöses (§§ 819, 815 ZPO) eine Verfügung zu erblicken haben. Diese Auszahlung durch den Gerichtsvollzieher ist die aus der Verstrickung folgende Zwangsverfügung der Staatsgewalt[31]) über den Erlös.

Bei einer Zwangsvollstreckung in eine Forderung liegt in der Ueberweisung an Zahlungsstatt (§ 835 ZPO) bei einer Ueberweisung zur Einziehung erst in der Einziehung selbst eine Verfügung vor. Bei der Ueberweisung zur Einziehung bewirkt die Ueberweisung noch keine Trennung der Forderung aus dem Vermögen des Schuldners, andererseits ebenso noch keine Befriedigung des Gläubigers und eine Beendigung der Zwangsvollstreckung findet mit ihr noch nicht statt. Die Einziehung selbst wird eine Verfügung im Sinne des § 7 Abs. 1 S. 2 DevG. sein.

Bei der Ueberweisung an Zahlungsstatt wird durch die Ueberweisung selbst schon über die Forderung verfügt. Die Forderung geht ohne weiteres mit allen Rechten auf den Gläubiger über wie bei einer Abtretung im Sinne von §§ 398 ff. BGB.

Bei der Zwangsversteigerung wird man erst im Augenblick des Zuschlags von einer Verfügung über die Forderung des betreibenden Gläubigers reden können, da dann eine Umwandlung der Forderung eintritt, nämlich in einen Anspruch auf Wertersatz aus dem Versteigerungserlöse.[32])

§ 17. Die Vorpfändung als Verfügung.

Vor dem eigentlichen Beginne der Zwangsvollstreckung liegen vorbereitende Handlungen, die mit ihr wohl in einem gewissen Zusammenhange stehen, z. B. die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung (§§ 724, 733 ZPO), Leistung der erforderlichen Sicherheit usw. Aber diese Handlungen bereiten die Zwangsvollstreckung doch nur vor, ohne daß sie einen Anfang des staatlichen Zwanges enthalten.[33]) Anders dagegen die sogenannte Vorpfändung des § 845 ZPO. Diese ist kein bloßer Vorbereitungsakt, sie gehört vielmehr zur Zwangsvollstreckung selbst. Ihre Stellung im System und auch die Tatsache, daß die Vorpfändung auf Grund eines für vollstreckbar erklärten Titels be-

31) Stein § 819 ZPO Anm. II, 1.

32) wie hier Lion-Hartenstein § 26 DevVO. Anm. 4; dazu auch Jäckel-Güthe § 91 ZVG Anm. 1 u. 2.

33) Stein Vorbem. vor § 704 ZPO VII, 1.

trieben wird, sprechen dafür. Vor allen Dingen zwingt die Hervorbringung eines Arrestpfandrechts zu dieser Annahme. Nun darf man freilich nicht verkennen, daß nicht schon mit der bloßen Vorpfändung ein Arrestpfandrecht entsteht, auch nicht ein nur vorläufiges. Die Wirkung eines Arrestes wird erst durch die Vorpfändung und Hauptpfändung gemeinsam hervorgebracht.

„Beide sind gleichwertige, erst zusammen das zwischenzeitliche Pfandrecht erzeugende Rechtstatbestände"[34]).

Die Vorpfändung bringt daher nicht, wie RGZ Bd. 83/334 annimmt, bereits ein Pfandrecht zustande, während durch die Hauptpfändung nur die fehlende öffentlichrechtliche Beschlagnahme hinzukommt, sondern es entsteht, wie Förster-Kann § 845 ZPO Anm. 7 sehr fein sagt: „ein durch die Hauptpfändung aufschiebend bedingtes Arrestpfandrecht." Man wird daher annehmen müssen, daß die Vorpfändung eine Verfügung über die Forderung darstellt[35]) und einer Genehmigung bedarf. Die Ausnahmevorschrift der III 6 b Ri bezieht sich nur auf die Zwangsvollstreckung wegen einer genehmigungsbedürftigen Leistung, also auf § 41 DevG., keineswegs aber auf die im § 7 Abs. 1 S. 2 DevG. geregelten Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung in einen verfügungsbeschränkten Gegenstand[36]).

C. Verfügungen im Wege der Arrestvollziehung.

§ 18 a. Gegen einen devisenrechtlich befangenen Gegenstand.

Für den Fall der Vollziehung eines Arrestes in genehmigungsbedürftige Gegenstände gelten die in § 12 gemachten Ausführungen entsprechend, da ja mit der Ausbringung des Arrestes ein Pfandrecht entsteht (§ 930 ZPO).

§ 18 b. Verfügungen im Wege der Arrestvollziehung wegen eines devisenrechtlich befangenen Gegenstandes.

Zweifelhaft dürfte sein, ob man auch bei Vollziehung eines Arrestes wegen einer Forderung, über die nur mit Genehmigung verfügt werden darf, überhaupt von einer Verfügung reden kann. Denn das Wesen des Arrestes ist nicht die Befriedigung des Gläubigers, sondern nur seine Sicherung, was sich daraus, daß keine Verwertung des Pfandes stattfindet, ergibt. Schon aus diesem Grunde muß man annehmen, daß die in den Richtlinien II 33, III 6 b Ri erfolgte Befreiung von einer Genehmigungspflicht nur klarstellenden Charakter hat. Das muß auch für den in II 33 Ri nicht aufgezählten Fall gelten, daß wegen einer Forderung eines Ausländers in eine Reichs-

34) RG in Warn 6/419.
35) Schultze in JW 1932/3162 ff.
36) a. A. noch Schultze in JW 1932/2003.

markforderung der Arrest vollzogen wird. Man kann freilich nicht abstreiten, daß in solchem Falle gemäß § 11 Abs. 2 DevG. über diese Reichsmarkforderung verfügt wird, denn es wird an ihr ja ein Pfandrecht begründet. Dieses führt aber niemals zu einer Abwanderung von Werten in das Ausland, dazu bedarf es vielmehr erst eines Titels in der Hauptsache. Man wird daher entgegen der Ansicht des OLG Hamm (11 W 255 und 347/33) annehmen können, daß auch ohne Genehmigung in diesem Falle eine Arrestvollziehung stattfinden kann[37]) und man schlecht von einer Verfügung im Wege der Arrestvollziehung sprechen darf. Die Richtlinien, die keine bloßen Verwaltungsanweisungen darstellen, haben für alle Fälle der Arrestvollziehung wegen einer verfügungsbeschränkten Forderung Genehmigungsfreiheit ausgesprochen, das muß in gleicher Weise für den Fall der Arrestvollziehung in freie Forderungen gelten.

§ 19. Die einstweilige Verfügung.

Einer besonderen Untersuchung bedarf noch die Frage, ob auch die einstweilige Verfügung zu den Zwangsverfügungen im Sinne des Devisengesetzes gehört. Dies kann nur der Fall sein, wenn durch die einstweilige Verfügung selbst auf einen Gegenstand des Devisenrechts unmittelbar eingewirkt wird.

Das Wesen der einstweiligen Verfügung besteht wohl darin, einmal der Verwirklichung eines Rechts zu dienen, wenn dieses in Gefahr ist, durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes wesentlich erschwert oder gar vereitelt zu werden, (§ 935 ZPO) oder gemäß § 940 ZPO der Regelung eines einstweiligen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder drohender Gefahr zu dienen. Es soll also einmal ein schon bestehender Zustand erhalten, ein andermal (§ 940 ZPO) neu geregelt werden. Zu letzterem gehören: die Anordnung der einstweiligen Verfügung auf Zahlung der Unterhaltskosten für das uneheliche Kind für drei Monate und der Entbindungskosten und Wochenbettkosten an die Mutter (§ 1716 BGB) und die einstweilige Verfügung gemäß § 627 ZPO. In diesen zwei Fällen führt die einstweilige Verfügung nicht nur zur Sicherung, sondern sogar zur Befriedigung des Gläubigers. Aber die einstweilige Verfügung führt erst zu einer Leistung des Schuldners, mit anderen Worten, die einstweilige Verfügung führt zu einer Verfügung im Sinne des Devisengesetzes, ohne selbst eine solche zu sein.

37) wie hier Gerstberg in JW 1934/1156.

III. Die Verfügung im tatsächlichen, wirtschaftlichen Sinne.

§ 20. Die Uebernahme des wirtschaftlichen Verfügungsbegriffs aus dem Steuerrecht an Hand von § 10 DevG. und § 35 Abs. 2 DevG. dargelegt.

Es ist bisher festgestellt worden, daß die Verfügung im Devisengesetz mehr als ein Rechtsgeschäft ist, und daß für ihren Tatbestand der Begriff Rechtsakt gewählt werden muß. Aber es entsteht nun die neue Frage, ob man mit diesem Begriff auskommt oder ob es im Devisenrecht noch Verfügungen gibt, deren Tatbestand keinen Rechtsakt im obigen Sinne enthält. Gewiß, Rechtsprechung und Schrifttum stehen einheitlich auf dem Standpunkt, daß Verfügung im Devisenrecht gleich Verfügung im Bürgerlichen Gesetzbuch sei und wie es scheint, steht Hartenstein mit seiner zweifelnden Bemerkung in Anm. 11 zu § 9 DevG., ob auch die bloß tatsächliche Verfügung im wirtschaftlichen Sinn unter diesen Begriff gerechnet werden könne, völlig allein da. Es hat, soweit ersichtlich, noch niemand den Schritt gewagt, in dieser Richtung zu forschen.

In der Hauptsache sind es zwei Gesetzesstellen, die einen Anhaltspunkt für die Lösung geben:

1.) § 10 DevG.: Der Erwerb von Gold und die Verfügung über Gold bedürfen der Genehmigung.

2.) § 35 DevG.: Der den Kreis der anbietungspflichtigen Personen umschreibt.

Die Einbeziehung des Goldes in die Devisenbewirtschaftung ist allmählich erfolgt aus der Erwägung heraus, daß Gold Währungsmetall ist. Der devisenrechtliche Begriff des Goldes ist dementsprechend beschränkt, er soll all die Erscheinungsformen umfassen, bei denen noch mit einer Verwendung als Währungsmetall zu rechnen ist.[38])

Nun ist Gold eine Ware, d. h. eine bewegliche Sache und als solche auch einer Verarbeitung zugänglich, eines Vorgangs, der tatsächliche Einwirkungen auf die Substanz des Rechtsobjekts selbst darstellt. Wenn durch eine Verarbeitung von Gold, das einem anderen gehört, zu einer neuen Sache ein Eigentumswechsel nach den Grundsätzen des § 950 BGB eintritt, so wird hier eine genehmigungsbedürftige Verfügung im Sinne des Devisengesetzes über Gold vorliegen. Und diese Verfügung hat schlecht, ja nichts gemein mit einer Verfügung im bürgerlich-rechtlichen Sinne, die allein ein Rechtsgeschäft ist und niemand wird behaupten, daß die Verarbeitung (Spezifikation) ein Rechtsgeschäft darstelle. Tatbestand dieser Verfügung im weitesten Sinn kann jeder Vorgang der Außenwelt sein, doch

38) vgl. im einzelnen Hartenstein § 6 Anm. 23 und 24 S. 65.

wird das kaum ausreichen. Es muß sich in diesem Vorgang ein Wille äußern, der imstande ist, die beabsichtigte Rechtsänderung zu bewirken, also der Wille des Trägers des Verfügungsrechts. Unter diesem Gesichtspunkt allein ist es angebracht, von einer Verfügung über Gold durch Verarbeitung zu einer neuen Sache zu reden. Damit ist aber zugleich ein Fall gezeigt, wo der Verfügungsbegriff im Devisenrecht in einer Eigenart erscheint, die ihn vom bürgerlichrechtlichen völlig verschieden sein läßt.

Eine zweite Stütze findet diese Auffassung in § 35 DevG., der bestimmt, daß die Anbietungspflicht [39]) nicht nur den Eigentümer des anzumeldenden oder anzubietenden Gegenstandes trifft, sondern in gleicher Weise den, der den Gegenstand als ihm gehörig besitzt oder der durch einen Treuhänder, durch eine Erwerbsgesellschaft oder in sonstiger Weise die Verfügungsmacht über den Gegenstand ausübt.

Diese eine Bestimmung zeigt, ebenso wie die Uebernahme anderer Begriffe aus dem Steuerrecht, z. B. die Bestimmung des Wohnsitzes oder des gewöhnlichen Aufenthaltsortes (§ 6 Abs. 6 DevG. in Verbindung mit § 2 EinkStG., § 13 StAnpG.), deutlich die Loslösung des Devisenrechts vom Privatrecht in bestimmten Punkten und seine Fortentwicklung aus Gründen des öffentlichen Rechts. Der Zweck des Devisenrechts mag ein steuerlicher sein, aber der Hauptgrund für diese Annäherung dürfte darin liegen, daß das Steuerrecht geradezu Schrittmacher für das öffentliche Wirtschaftsrecht geworden ist. Der Gesetzgeber hat daher mit gutem Grund diese Verknüpfung mit dem Steuerrecht gewollt, es wäre verfehlt, steuerrechtliche Grundsätze hier völlig beiseite lassen zu wollen. Einer dieser Grundsätze nun ist der des wirtschaftlichen Eigentums oder wie das Steueranpassungsgesetz in § 11 im Anschluß an § 89 AO sagt: der Grundsatz der Zurechnung.

Die Formulierung in § 35 DevG. hat Aehnlichkeit mit der, die das Bürgerliche Gesetzbuch in § 872 für den Eigenbesitzer wählt.[40]) Ein solcher wird im Steuerrecht nach § 11 Ziff. 4 StAnpG. wie ein Eigentümer behandelt, d. h. Wirtschaftsgüter, die er im Eigenbesitz hat, werden ihm „zugerechnet". Damit ist zum Ausdruck gebracht, daß in all den Fällen, wo der formelle Eigentümer eigentlich nur die leere Rechtsform besitzt, ein anderer aber tatsächlich die wirtschaftlichen Wirkungen des Eigentums genießt, dieser zu Steuerzwecken herangezogen werden soll. Es soll an dieser Stelle nicht untersucht werden, ob dieser Grundsatz für alle Steuergesetze gleichmäßig gilt,[41]) es ge-

39) vgl. hierüber Hartenstein § 35 Anm. 5 S. 260.
40) vgl. Kutschmann a.a.O.
41) vgl. Wietfeld a.a.O.

nügt, auf den anerkannten Begriff des wirtschaftlichen Eigentümers hinzuweisen mit der Feststellung, daß mit ihm eine tatsächliche, wirtschaftliche Verfügungsmacht verknüpft sein muß, und somit dieser Begriff für das Steuerrecht zu gelten hat. Dabei genügt ein äußerer Vorgang allein als Tatbestand nicht, maßgeblich ist neben der tatsächlichen Gestaltung der Wille des Verfügenden.[42])

Von gleicher Wichtigkeit sind endlich die Worte in § 35 Abs. 2 DevG., daß die Anbietungspflicht in gleicher Weise dem obliege, der „durch einen Treuhänder, durch eine Erwerbsgesellschaft oder in sonstiger Weise die Verfügungsmacht über den Gegenstand ausübt." Gerade der Hinweis auf die Verfügungsmacht durch eine Erwerbsgesellschaft ist zugleich ein Hinweis auf die wirtschaftliche Beherrschung einer Gesellschaft durch eine natürliche Person oder durch eine andere Gesellschaft, d. h. die betreffende Gesellschaft ist, rechtlich gesehen, durchaus selbständig, tatsächlich aber von dem Willen der sie beherrschenden Gesellschaft oder natürlichen Person völlig abhängig. Die hiermit zusammenhängenden Wirtschafts- und Steuerrechtsprobleme sind unter dem Schlagwort „Organtheorie" bekannt.[43]) Hartenstein[44]) weist selbst darauf hin, daß die sich aus diesem Herrschaftsverhältnis herleitende Verfügungsmacht, die wieder nur eine tatsächliche, wirtschaftliche sein kann, im Wirtschafts- und Steuerrecht durchaus anerkannt ist. Er lehnt diese Ausweitung des Verfügungsbegriffs für das Devisengesetz ab, weil er bei der Bedeutung der devisenrechtlichen Tatbestände für den rechtsgeschäftlichen Verkehr an den strengen bürgerlichrechtlichen Verfügungsbegriff festhalten will. Auf diesem Standpunkt verharrte ja auch das Reichsgericht, wie aus der Entscheidung RGSt. Bd. 67/130, 136 eindeutig hervorgeht. Dagegen scheint der 6. StrSen. in einem Urteil vom 5. August 1935, 6. D. 72/35 in JW 1935 S. 2957 für die hier zu behandelnde Frage, die von allgemeiner devisenrechtlicher Bedeutung ist, grundlegend anderer Ansicht zu sein. Das Reichsgericht hat sich mit der Frage zu beschäftigen, ob die Abhebungen auf Registermarkschecks zu anderen als Reisezwecken ein Vergehen gegen §§ 18 Abs. 1, 42 Abs. 1 Ziff. 3 DevG. darstellen. Die Frage ist bejaht worden, da die Beamten der betreffenden Bank ohne die erforderliche Genehmigung über die Registerguthaben gutgläubig verfügt und die Beschwerdeführer dies bewirkt hätten. Gegen Ende seiner Ausführungen sagt das Reichsgericht:

„Der § 20 DevVO 32 (heute § 18 Abs. 1 DevG.) ist nicht dahin auszulegen, daß als Täter nur der in Betracht kommen kann, der selbst das Verfügen über die Forderung vornimmt. Das würde

42) vgl. R: F. H. 7/181.
43) Hierzu Bühler a.a.O. S. 180.
44) § 9 DevG. Anm. 11 S. 104.

dem Sinn des Gesetzes nicht entsprechen. Die auf § 20 VO mit § 36 Abs. 1 Ziff. 3 VO (heute § 42 Abs. 1 Ziff. 3 DevG.) gegründete Strafdrohung will verhüten, daß über die gesperrten Forderungen in anderer als der vorbestimmten Art und Weise verfügt werde, vor allem, daß sie dabei unter Verwendung inländischer Zahlungsmittel seitens des Schuldners getilgt werden."

Man könnte immerhin Zweifel daran hegen, ob das Reichsgericht gegenüber seinem früheren Standpunkt eine Erweiterung des Verfügungsbegriffs tatsächlich vorgenommen habe derart, daß nun darunter jedes Einwirken auf eine Person, die dann die „Verfügung im Rechtssinne" vornimmt, zu rechnen sei. Denn aus den oben angeführten Worten ist an sich nur soviel herauszulesen, daß Verfügende die Bankbeamten gewesen sind, daß aber devisenstrafrechtlich als Täter auch der Einwirkende heranzuziehen ist, mit anderen Worten, der Beschwerdeführer hat den devisenstrafrechtlich bedeutsamen Erfolg durch die Beamten derart herbeigeführt, daß er als Verursacher des Erfolges erscheint.[45]) Er hat sich der gutgläubigen Beamten als Werkzeuge, als seines verlängerten Armes bedient. Er ist mittelbarer Täter. Da das Devisenstrafrecht keine eigenen Tatbestände kennt, vielmehr nur auf die vorhergehenden Abschnitte des Devisengesetzes verweist, ihm also ein eigener Verfügungsbegriff fern liegt, so bleibt kein anderer Schluß übrig als, rechtlich gesehen, Täter und Verfügenden gleichzusetzen. Man könnte sagen, daß das Devisenstrafrecht nur einen formellen Täterbegriff kennt. Dann aber hat das Reichsgericht den Verfügungsbegriff in dem oben behandelten Sinn anerkannt, damit aber zugleich den bürgerlichrechtlichen Verfügungsbegriff verlassen. Wenn Hartenstein[46]) gegen eine solche Ausdehnung gerade den strafrechtlichen Charakter der Verbotsvorschriften anführt, so scheint sich dieses Beweismittel eher gegen als für seine Ansicht zu wenden.

Es soll gewiß zugegeben werden, daß eine Abgrenzung des Verfügungsbegriffs nach bürgerlichrechtlichen Gesichtspunkten für den rechtsgeschäftlichen Verkehr von Vorteil sein mag, darauf kann es aber hier keinesfalls ankommen, wo es um unendlich viel mehr geht, wo es gilt,

„den ungeregelten Abfluß von Devisen aus der deutschen Wirtschaft zu verhüten." (I 6 Ri).

Damit aber ist die Erkenntnis gewonnen, daß der Begriff der Verfügung im Devisengesetz nichts mehr mit dem des Bürgerlichen Gesetzbuches zu tun haben kann. Es war bei der Untersuchung von der rechtsgeschäftlichen Verfügung ausgegangen worden, ihr mußte die Zwangsverfügung beigeordnet werden und nun ist festgestellt, daß die

45) Frank Vorbem. III vor § 42 StGB.
46) § 9 DevG. Anm. 11 S. 105.

devisenrechtliche Verfügung jedes tatsächliche Verfügen im wirtschaftlichen Sinne mitumfaßt.

Das Gemeinsame aller genannten Verfügungsarten und der Grund zugleich für ihre einheitliche Benennung ist die bei allen in derselben Weise eintretende Wirkung. Diese besteht darin, daß ein den Gegenstand [47]) der Verfügung bildendes Recht in seiner Rechtslage zu demjenigen, auf dessen Rechnung die Verfügung vorgenommen wird, schließlich unmittelbar verändert wird..

Teil III.

Die Anwendbarkeit der Normengruppen, in denen das BGB von Verfügungen spricht, insbesondere der §§ 812, 185 BGB auf die Verfügung des Devisenrechts.

§ 21 a. Die Anwendbarkeit auf die rechtsgeschäftliche Verfügung.

Wir hatten im vorstehenden gefunden, daß der Begriff der Verfügung im Devisenrecht im weitesten Sinne sich darstellt als jeder Akt, durch den ein Recht unmittelbar in seiner Rechtslage geändert wird. Damit ist eine Definition gefunden, die erheblich weiter gefaßt ist als diejenige, die man für die bürgerlichrechtliche Verfügung aufgestellt hat. Man hat für das bürgerliche Recht Normengruppen gefunden, die von Verfügungen sprechen, und gesagt, daß nur dann von einer Verfügung gesprochen werden könne, wenn diese Normengruppen voll zur Anwendung gelangten. Diese Normengruppen sind:

a) die Gruppe um § 812 und um § 816 BGB,
b) § 185 BGB,
c) die Gruppe um §§ 932, 842 und 2366 BGB,
d) die Regeln, die den Verfügungsberechtigten in seinen Verfügungsrechten beschränken.

Unter diesen erscheint der § 185 BGB von ganz besonderer Wichtigkeit, denn er wird bisweilen geradezu als der Prüfstein für den Verfügungscharakter eines Rechtsaktes angesehen [48]). Es soll im folgenden einmal untersucht werden, ob diese Gruppen auf die Verfügung des Devisenrechts Anwendung finden, wobei in der Hauptsache die Gruppe a und b herangezogen werden sollen.

Sicher ist, daß auf die rechtsgeschäftliche Verfügung, die ja aus dem bürgerlichen Recht übernommen worden ist, diese Gruppen ohne weiteres zur Anwendung gelangen.

47) darüber genauer unten § 25 d. Arb.
48) Raape im ArchZivPr Bd. 121 S. 271.

§ 21b. Die Anwendbarkeit der §§ 812, 816 BGB auf die Zwangsverfügung.

Anders wohl bei der Zwangsverfügung. Ist die Vollstreckungspfändung abstrakt und kondizierbar? Sie wird von einzelnen Schriftstellern, so z. B. von Pagenstecher[49]) deshalb für abstrakt gehalten, weil der Pfändung das Fehlen ihres Geschäftszwecks, die Unmöglichkeit der Realisierung des Urteils genau wie bei abstrakten Rechtsgeschäften unschädlich sei, dies aber durch die Klage aus § 767 ZPO geltend gemacht werden könne, dieser Paragraph also eine condictio sine causa darstelle. Damit hält Pagenstecher das Vorhandensein einer causa im Sinne des rechtlichen Geschäftszwecks für möglich und er sieht in der Erfüllung des Urteils diese causa. Danach könnte die Klage aus § 767 ZPO überhaupt erst nach Beendigung der Zwangsvollstreckung erhoben werden, während es richtiger Auffassung nach nicht Voraussetzung für die Klage und für ein günstiges Urteil ist, daß zur Zeit der Klageerhebung oder des Urteils die Zwangsvollstreckung bereits begonnen hat, da ja durch die Klage die Aufhebung der Vollstreckbarkeit überhaupt herbeigeführt werden soll[50]).

Man scheint ferner zu vergessen, daß bei einer condictio sine causa das Nichtbestehen oder Nichtmehrbestehen der causa Voraussetzung ist, daß hier aber der Leistungsbefehl des Urteils bei einer Klage aus § 767 ZPO bis zur Entscheidung über die Klage fortwirkt. Sieht man in der causa nicht den Geschäftszweck, sondern den Rechtsgrund der Berechtigung, d. h. sieht man in dem Urteilsgebot einen den Willen des Berechtigten ersetzenden Staatsakt, und insofern als causa der nachfolgenden Pfändung, so müßte bei Abstraktheit der Pfändung eine condictio dann gewährt werden, wenn entweder das Urteil nichtig oder überhaupt nicht vorhanden ist, oder wenn die Voraussetzungen der Vollstreckungsgegenklage vorhanden sind.

Wenn aber das Urteil nichtig ist, so ist gar kein Pfandrecht da, weil ja ein Vollstreckungstitel fehlt und damit eine Vollstreckungsvoraussetzung[51]). Hier ist der Weg der Erinnerung gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung gegeben, aber für eine Bereicherungsklage, die ein bestehendes Pfandrecht beseitigen wollte, ist kein Platz. Damit ist festgestellt, daß auch die Nichtigkeit oder das Nichtvorhandensein des Urteils in keinem Falle eine condictio entstehen läßt, und daß man hieraus eine abstrakte Natur der Vollstreckungspfändung nicht herleiten kann. Auch daraus nicht, daß nach Beendigung der

49) S. 374 Anm. 879.

50) so auch Stein § 767 ZPO Anm. III.

51) Ueber diese schwierige Frage genauer siehe unter II. Hauptteil § 13, besonders bei Wegfall des Titels.

Zwangsvollstreckung eine Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung gewährt wird. Denn hier kann ja nicht das durch die Pfändung entstandene Pfandrecht, sondern nur der Erlös gemäß § 812 BGB herausverlangt werden. Eine Umgehung des § 767 ZPO würde es aber bedeuten, wollte man vor Erledigung der Zwangsvollstreckung wahlweise dem Schuldner eine Klage aus § 812 BGB geben.[52])

Es läßt sich also keine Bereicherungsklage gegen die Vollstreckungspfändung begründen, woraus zu folgern ist, daß sie als abstrakt nicht angesehen werden kann.

§ 22. Die Anwendbarkeit des § 185 BGB auf die Zwangsverfügung.

Wird ein dem Schuldner nicht gehörender Gegenstand gepfändet, so fehlt bei einer solchen Pfändung eine Vollstreckungsvoraussetzung, nämlich das Eigentum des Schuldners an dem gepfändeten Gegenstand. Es ist sicher, daß für die Zwangsvollstreckung das Vorhandensein des Titels eine unerläßliche Voraussetzung ist, und daß zur Entstehung des Pfandrechts hinter diesem Titel, der auch ein rechtskräftiges Urteil sein kann, stets ein zu sichernder Anspruch stehen muß. Ebenso sicher aber ist, daß ohne dieses materielle Wirksamkeitserfordernis immer noch die Verstrickung eintritt, während eine Vollstreckung ohne Klausel schlechthin unzulässig ist und die völlige Unwirksamkeit des Vollstreckungsaktes zur Folge hat. Aber aus dieser Tatsache den Schluß ziehen zu wollen, daß bei Fehlen anderer Vollstreckungsvoraussetzungen die gleiche Wirkung einzutreten habe, ist doch recht gewagt und im Hinblick auf § 750 ZPO geradezu unrichtig. Es ist daher durchaus richtig, wenn das Reichsgericht in RGZ Bd. 60/70/73 sich auf den Standpunkt gestellt hat, daß bei Zusammenfall von Schuldnerschaft und Eigentum eine Heilung eintritt, allerdings mit einer Einschränkung: Nur mit dem Zeitpunkt des Wegfallens des Hindernisses ohne rückwirkende Kraft.

Aus dieser Entscheidung eine Heilung nur für den Fall herauslesen zu wollen, daß der Schuldner den Gegenstand erwirbt,[53]) ist wohl kaum angebracht. Sie muß auch dann Geltung haben, wenn eine Genehmigung des Berechtigten erfolgt. Immerhin wird man eine Heilung durch diese privatrechtliche Genehmigung nur mit Wirkung von deren Erteilung an als wirksam hinzunehmen haben. Was für die Vollstreckungspfändung gilt, gilt in gleicher Weise von den anderen Zwangsverfügungen.[54])

52) vgl. Stein § 771 ZPO Anm. VII.
53) so Staudinger § 185 BGB Anm. 2.
54) vgl. Reichel a.a.O. S. 108 ff.

Damit haben diese Arten der Verfügung im Sinne des Devisenrechts die Probe des § 185 BGB überstanden und es ist sehr streng bürgerlichrechtlich eingestellten Gedankengängen nicht allzu schwer gemacht, sie würdig den rechtsgeschäftlichen Verfügungen des Devisenrechts anzureihen, wobei es dahingestellt bleiben kann, ob eine solche enge Verknüpfung mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch der Betrachtung des Devisenrechts überhaupt dienlich ist. Schon die Untersuchung der dritten Verfügungsart des Devisengesetzes, der tatsächlichen, wirtschaftlichen Verfügung zeigt, daß man damit nicht allzu weit kommt.

§ 23. Die Anwendbarkeit des § 812 und § 816 BGB auf die tatsächliche Verfügung.

Wieder wird zuerst die Frage gestellt, ob die tatsächliche Verfügung des Devisenrechts abstrakt und eine Kondiktion ihrer Wirkung möglich ist.

Sicher ist, daß die tatsächliche Verfügung abstrakt ist, denn es ist nicht zu bezweifeln, daß die Verarbeitung z. B. auch dann nicht ungültig ist, wenn der Wille des Berechtigten fehlt. Fraglich dagegen ist, ob die grundlose Bereicherung durch eine des subjektiven Rechtsgrundes entbehrende tatsächliche Verfügung zurückverlangt werden kann. Man könnte der Ansicht sein, daß die Verarbeitung von Gold als ein rein tatsächlicher Vorgang überhaupt einer rechtlichen wie wirtschaftlichen Zweckbestimmung unfähig sei, daß also eine tatsächliche Verfügung begriffsnotwendig des Rechtsgrundes entbehren müßte und somit eine Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung wegen Fehlens des Geschäftszwecks unmöglich sei. Nehmen wir einmal folgendes Beispiel: A, B und C besitzen alte Münzen von einem gewissen Sammlerwert. Um diesen Wert erheblich zu steigern, verpflichten sich die drei, einen bestimmten Teil dieser Münzen in ein Fertigfabrikat umwandeln zu lassen. Der Vertrag wird erfüllt nnd nun stellt sich heraus, daß er für A wucherisch gewesen ist, denn B und C besitzen bedeutend mehr dieser Münzen, als sie angegeben hatten. Man wird wohl dem bewucherten A gestatten müssen, von B und C die Bereicherung herausverlangen zu können, die sie durch die Vernichtung der Münzen und durch die hierauf eingetretene Sammlerwertsteigerung, also indirekt durch den wucherischen Vertrag erlangt haben.

Fehlt der Wille des Berechtigten, dann ist der durch die tatsächliche Verfügung erlangte Vermögensvorteil ebenfalls kondizierbar. Wenn jemand Gold, das einem anderen gehört, zu einer neuen Sache verarbeitet, so hat er durch eine dem anderen gegenüber wirksame Verfügung, also ohne rechtlichen Grund etwas aus dem Vermögen

des anderen erlangt und muß eine eventuelle Bereicherung nach § 816 BGB wieder herausgeben. Die Rechtssätze über die Abstraktheit und Kondizierbarkeit finden daher auch auf die tatsächliche Verfügung des Devisenrechts Anwendung.

§ 24. Die Anwendbarkeit des § 185 BGB auf die tatsächliche Verfügung.

Eine Heilung einer tatsächlichen Verfügung wird niemand annehmen können; der § 185 BGB findet daher auf diese Art der Verfügung im Devisenrecht keine Anwendung. Die tatsächliche Verfügung ist eine Rechtsveränderung nur um deswillen, weil sie ja eine Veränderung der substanziellen Grundlage des Rechts darstellt, eine solche kann auch von jedem Nichtberechtigten vorgenommen werden und eine Heilung der Substanzveränderung durch Genehmigung des Berechtigten ist schlechthin undenkbar.

Aber auch wenn die Verfügung des Devisenrechts in diesem tatsächlichen, wirtschaftlichen Sinne an den Prüfstein des § 185 BGB zerschellt, so wäre doch der Schluß verkehrt, zu sagen: Mithin versteht das Devisenrecht unter Verfügung eben auch nur die Verfügung des bürgerlichen Rechts, also die rechtsgeschäftliche Verfügung. Wie aber bereits oben S. 23 angedeutet war, ist das Verbindende aller drei Arten der devisenrechtlichen Verfügung die bei allen in derselben Weise eintretende Wirkung. Diese besteht darin, daß ein den Gegenstand der Verfügung bildendes Recht in seiner Rechtslage zu dem, auf dessen Rechnung die Verfügung vorgenommen wird, unmittelbar verändert wird.

In der Nichtanwendbarkeit bürgerlich-rechtlicher Normen auf den Verfügungsbegriff des Devisenrechts zeigt sich deutlich die Loslösung desselben vom Privatrecht und gleichzeitig seine Weiterentwicklung im öffentlichen Recht, das ja, wie gezeigt, längst den wirtschaftlichen Verfügungsbegriff anerkannt hat. Man könnte in Anlehnung an § 9 AO für das Devisenrecht den Satz bilden: Bei Auslegung des Devisenrechts ist sein Zweck, seine wirtschaftliche Bedeutung und die Entwicklung der Verhältnisse zu berücksichtigen. Der § 9 AO bezieht sich seinem Wortlaut nach nur auf die Auslegung der Steuergesetze, nicht etwa auf die Auslegung des bürgerlichen Rechts vom Standpunkt des Steuerrechts. Es scheint also, als ob das Steuerrecht die Grundsätze des bürgerlichen Rechts als feststehend hinnehme. Bei genauerem Hinsehen ist aber durch diese Generalklausel der Reichsabgabenordnung durchaus die Möglichkeit geschaffen, zu einer anderen Auffassung von bürgerlich-rechtlichen Verhältnissen zu gelangen. Was

für das Steuerrecht gilt, trifft in gleicher Weise für das Devisengesetz zu, denn hier wie da hat man bei der Auslegung der Normen in erster Linie den Zweck zu berücksichtigen und hieraus ergibt sich von selbst, daß Steuer- und Devisenrecht mit einer bestimmten, durch den Zweck der Gesetze determinierten Anschauung an das bürgerliche Recht heranzutreten berechtigt sind. Der Begriff des „wirtschaftlichen Eigentums" faßt die an sich getrennten Begriffe Besitz und Eigentum durch eine wirtschaftliche Gebundenheit zusammen und es ist gewiß, daß dadurch für komplizierte moderne Rechtsbildungen eine Richtschnur gesteckt worden ist. Man denke daran, welche bedeutsame Rolle die Frage des wirtschaftlichen Eigentums und damit der wirtschaftlichen Verfügungsmacht im modernen Gesellschaftsrecht spielt[55]).

Die Ausführungen von Walther Merk[56]) treffen in gleicher Weise für das Devisengesetz zu, wenn er darauf hinweist, daß die Beziehungen zwischen Steuerrecht und bürgerlichem Recht zunächst auf dem Gebiete der Begriffsbildung liegen, daß das Steuerrecht teilweise die Bausteine für seine Begriffsbildung dem bürgerlichen Recht entnommen habe. Aber es hat ebenso wie das Devisenrecht doch nur die Bausteine übernommen und sie zu selbständig geprägten Sonderbegriffen umgeformt, zu Begriffen, die dem wirtschaftlichen Leben weit näher stehen, dafür aber ohne jener präzisen wissenschaftlichen Bearbeitung sind, die die bürgerlichrechtlichen Begriffe in so hohem Maße auszeichnen.

Aus der nicht zu verkennenden Sonderstellung des Devisenrechts, die auch zu Sonderbegriffen führen muß, und aus den Tatbeständen, die dem Devisenrecht aus dem wirtschaftlichen Leben dargeboten werden, ergeben sich verschieden mögliche Auffassungen dahingehend, inwieweit das bürgerliche Recht sich Abwandlungen durch das Devisenrecht gefallen lassen muß. Zum mindesten müssen auch diejenigen, die das Devisenrecht gern mit bürgerlichrechtlichen Blicken betrachten, zugeben, daß die Einstellung in dem dem öffentlichen Recht zugehörigen Devisenrecht und im sonstigen privaten Recht eine andere, möglicherweise sogar eine gegensätzliche ist, vielleicht aber nur eine scheinbar gegensätzliche, weil ja auch das Privatrecht im Interesse der Gemeinschaft Grenzen zieht, die jedem Tun geboten sind. Doch geht hierin das öffentliche Recht entschieden weiter, denn oft sieht es in Fällen, in denen nach Privatrecht das Handeln durchaus die Gebotsgrenzen einhält, die Sachlage verschieden an, je nach dem Gebiet, das ihm untersteht. Aus § 9 AO klingt das Gebot der gleichmäßigen Besteuerung und der daraus entwickelte Satz durch, daß im Steuerrecht oft Vorgänge

55) vgl. Bühler S. 243 und S. 115.
56) RG und Steuerrecht S. 80 a.a.O.

völlig unabhängig von der Willenseinstellung der Beteiligten zu erfassen sind und daß gleiche wirtschaftliche Vorgänge ohne Rücksicht auf ihre bürgerlichrechtliche Eingliederung ausnahmslos der gleichen Besteuerung unterliegen. Wirtschaftliche Betrachtungsweise und Gleichmäßigkeit der Besteuerung: zwei Grundfesten des Steuerrechts — — Wirtschaftliche Betrachtungsweise und Gleichmäßigkeit der Anbietungspflicht: ein Wortpaar, das sich für das Devisenrecht sicher mehr und mehr als Richtschnur herausentwickeln wird, soweit es nicht dem § 35 Abs. 2 DevG. selbst unmittelbar zu entnehmen ist.

Teil VI.

Der Gegenstand der Verfügung im Devisenrecht.

§ 25. Der Verfügungsgegenstand ist immer nur ein Recht.

Das Bürgerliche Gesetzbuch spricht meist immer von einer Verfügung über einen „Gegenstand", ohne diesen Begriff näher zu umschreiben. Es ist bekannt, daß Sohm[57]) das Problem des Verfügungsgegenstandes dadurch zu lösen sucht, daß er seinem, aus dem Gesetz gewonnenen Gegenstandsbegriff, den Begriff Verfügungsgegenstand gleichsetzt. Es braucht hier nicht darauf eingegangen zu werden, daß bisweilen die Einheitlichkeit des Gegenstandsbegriffs geleugnet wird,[58]) und daß man an dem von Sohm gefundenen Verfügungsgegenstandsbegriff Kritik übt, weil er, in römischer Denkart befangen, die Objekte der Verfügung in körperliche Gegenstände (Sachen) und unkörperliche Gegenstände (Rechte) einteilt.[59]) Sicher ist, daß Gegenstand der Verfügung im bürgerlichen Recht immer nur ein Rechtsverhältnis ist und wenn von einer Verfügung über eine Sache die Rede ist, z. B. in § 883 Abs. 2 BGB von einer Verfügung über ein Grundstück, so ist, wie von Tuhr (Allg. Teil S. 242) sagt:

„Darunter Verfügung, sei es über das Eigentum, sei es über den Besitz an der Sache zu verstehen."

Das Devisengesetz spricht nie von einer Verfügung über einen „Gegenstand", es nennt diese Gegenstände selbst bei ihren Namen, indem es Verfügungen aufzählt über

a) ausländische Zahlungsmittel und Forderungen (§§ 9 Abs. 2, 11 Abs. 2 DevG.)
b) Wertpapiere (§ 7 Abs. 2 S. 2 DevG.)
c) Gold (§ 10 DevG.)
d) Grundstücke (§ 18 Abs. 2 DevG.)
e) Anteilsrechte (§ 24 DevG.)

57) Arch. S. 184. Gegenstand besonders S. 20.
58) Binder Arch. S. 215.
59) von Tuhr allg. Teil S. 242.

Sollte man aus dieser Aufzählung die Meinung gewinnen, daß das Devisengesetz einen eigenen Verfügungsgegenstand hat, insbesondere eine Sache Verfügungsgegenstand sein kann? Zwingt denn die Annahme einer tatsächlichen Verfügung nicht schon zu dieser Ansicht?

Das Reichsgericht in Strafsachen Bd. 67/130/136 definiert die Verfügung als jedes Rechtsgeschäft, das auf den betreffenden Gegenstand unmittelbar gerichtet ist und seine Rechtslage ändert. Diese Definition muß unbedingt abgelehnt werden, nicht nur für das Devisenrecht, sie ist auch für das BGB höchst verfänglich, indem sie Gegenstand und Rechtslage besonders nennt. Verfügung ist eine Veränderung der Rechtslage und somit kann ihr Gegenstand niemals eine Sache sein. Objekt der Verfügung ist das Recht und nicht die Sache, an der das Recht besteht. Dies gilt in vollem Umfange auch für die tatsächliche Verfügung im wirtschaftlichen Sinn.

Damit wäre die Frage des devisenrechtlichen Verfügungsgegenstandes gelöst, wenn nicht durch die oben angeführte Definition, die zweifellos der Praxis sehr entgegenkommt, jene unglückliche Verknüpfung mit „Gegenständen" zustandegekommen wäre, die die Frage nach diesen Gegenständen auftauchen läßt. Dabei steht die Frage nach dem Gegenstand „Forderung" im Sinne des Devisenrechts besonders im Vordergrunde, weil sich die Begriffe Zahlungsmittel, Gold usw. aus dem Gesetz selbst ergeben.

§ 26. Der Begriff der Forderung im Devisenrecht.

In §§ 9, 11 DevG. wird von Forderungen in einer ganz bebestimmten Währung gesprochen und diese Tatsache berechtigt zu der unbestrittenen Meinung, daß unter Forderungen im Sinne des Devisengesetzes in erster Linie wohl Geldforderungen zu verstehen sind, doch wird man mit Hartenstein [60]) annehmen können, daß Ansprüche, die anfangs auf eine anders geartete Leistung gerichtet sind, die sich aber ihrer Natur nach in eine Geldforderung umwandeln können (vgl. § 384 HGB), in den Kreis der Forderungen einzubeziehen sind ohne Rücksicht auf Bedingtheit und genaue Höhe. Selbst dingliche Rechte, also Hypotheken, Grund- und Rentenschuld sind gemäß II 15 Ri Forderungen im Sinne des Devisengesetzes und diese Vorschrift wird man auch auf reale Lasten auszudehnen haben. Nicht dagegen die Eigentümergrundschuld, die für den Eigentümer ja nur ein Teil seines Grundeigentums ist, so daß die Einbeziehung in II 15 Ri für § 11 Abs. 2 DevG. den Charakter einer echten Ausnahme hat.[61]) Aus alledem kann man aber nicht den Schluß ziehen, daß alle Ansprüche

60) § 6 DevG. Anm. 13 S. 57.
61) RG in JW 1935/1343.

ohne weiteres als Forderungen im Sinne des Devisengesetzes zu bezeichnen sind, sonst hätte es nicht des § 24 DevG. bedurft, der die Verfügungen über Anteilsrechte an Gesellschaften oder Körperschaften zugunsten eines Ausländers unter Genehmigungszwang stellt. Schwerlich wird man Warenzeichen- und Urheberrechte zu den Forderungen rechnen können. Man käme höchstens mit Hilfe einer allzu weiten Auslegung der Generalklausel I 6 Ri zu diesem Ziel. Daß hier eine Lücke im Gesetz ist, soll nicht verkannt werden, sie wird auch dadurch nicht geschlossen, daß mit Hilfe der Anbietungs- und Ablieferungspflicht der Erlös der deutschen Wirtschaft zugute kommt, auch nicht dadurch, daß bei Gewährung von Anteilsrechten an einer ausländischen Gesellschaft oder Körperschaft als Entgelt für die Uebertragung des Rechts die Genehmigung gemäß § 24 DevG. erforderlich ist.

Forderungen in ausländischer Währung sind alle die in § 6 Ziff. 2 DevG. bezeichneten, und bei Währungsforderungen gegen Ausländer wird man fast stets annehmen können, daß sie effektiv sind, da ja der ausländische Schuldner zur Zahlung seiner Schuld wohl immer seine eigene Währung benutzen wird.

Bei Währungsforderungen gegen Inländer kann man nur dann von Forderungen in ausländischer Währung gemäß § 6 Ziff. 2 DevG. sprechen, wenn Zahlung in ausländischer Währung besonders ausgemacht ist. Den Begriff der Forderung in ausländischer Währung hat das Gesetz in § 6 Ziff. 2 DevG. umrissen, denjenigen einer Forderung in inländischer Währung dagegen nicht. Es bleibt nur der Schluß übrig, daß Forderungen in inländischer Währung alle die sind, die nicht unter § 6 Ziff. 2 DevG. fallen, wobei die Besonderheit in I 3 Abs. 1 Ri zu beachten ist.

§ 27. Der Begriff der Wertpapiere im Devisenrecht.

Ueber Wertpapiere, insbesondere über ausländische Wertpapiere ist nur soviel hier zu sagen, daß der Begriff derselben im Devisenrecht enger ist als der des bürgerlichen Rechts. Dies ergibt sich aus § 21, § 22 DevG., die stets von Wertpapieren reden, die an einer deutschen Börse entweder zugelassen oder nicht zugelassen sind, mit anderen Worten, sich mit Wertpapieren beschäftigen, die für den Börsenhandel an sich in Frage kommen könnten (§ 36 Börsengesetz). Keine Wertpapiere im Sinne des Devisengesetzes sind somit die Legitimationspapiere, einfache oder qualifizierte, und gemäß I 4 Ri die Hypotheken, Grund- und Rentenschuldbriefe und die technischen Orderpapiere des § 363 HGB.

§ 28. Schlußbemerkung.

Im Verlaufe der damit abzuschließenden Untersuchung des Begriffs der Verfügung im Devisenrecht ist zugleich die völlige Abweichung dieses neuen Reichsgesetzes in verschiedenen Punkten vom Privatrecht, insbesondere vom BGB zutage getreten. Es finden sich bürgerlichrechtliche Ausdrücke und nur zu schnell verleiten diese Aeußerlichkeiten dazu, mit ihnen auch gleichzeitig den Rechtsbegriff herüberzunehmen. In mancher Hinsicht ist dies sogar erforderlich, wie für den Gegenstandsbegriff als solchen gezeigt werden konnte, doch schon eine nähere Betrachtung einzelner Gegenstände, z. B. des Gegenstandes „Forderung", hat gezeigt, daß sich Abweichungen ergeben, die schwerwiegend genug sind. Das Devisengesetz geht seine eigenen Wege, das wird an der Eigenartigkeit seines Verfügungsbegriffs klar geworden sein. Die Tatsache allein, daß das Gesetz selbst die Zwangsverfügung in allen Punkten der rechtsgeschäftlichen gleichsetzt, verbietet, von einer Verfügung im Rechtssinne, d. h. von einer Verfügung des Bürgerlichen Gesetzbuches zu sprechen. Das Devisenrecht gehört dem öffentlichen Recht an, es hat seine eigenen Begriffe, von denen der der Verfügung der wichtigste sein mag. Unter ihr versteht das Devisengesetz jeden Akt, der auf eine unmittelbare Aenderung eines Rechts hinzielt.

Hauptteil II.

§ 1. Das Wesen der Genehmigung der Devisenstellen und Ueberwachungsstellen.

Die Genehmigung im bürgerlichrechtlichen Sinne ist nach § 184 BGB nur die nachträgliche Zustimmung. Spricht das BGB von einer „behördlichen Genehmigung", z. B. im § 1821 BGB, so fällt diese nicht unter § 184 BGB. Das Devisengesetz bezeichnet in § 38 DevG. sowohl die vorherige wie auch die nachträgliche Zustimmung der Devisenstellen als Genehmigung. Schon daraus ergibt sich, daß der Begriff der Genehmigung sich nicht mit dem des bürgerlichen Rechts decken kann.

Die devisenrechtliche Genehmigung gehört ihrem Wesen nach nicht dem bürgerlichen Recht, sondern dem öffentlichen Recht an. Im öffentlichen Recht bezeichnet man als Genehmigung denjenigen Verwaltungsakt,

„welcher als gesetzlich notwendige Zustimmung des Staates zu der Handlung eines Rechtssubjekts hinzutreten muß, damit letztere rechtliche Wirksamkeit erhält."[1])

Diese Definition paßt ganz besonders für die Genehmigung der Devisenstellen, die also ein Verwaltungsakt ist und die Bedeutung der Genehmigung liegt in dem Wegfall eines Hindernisses, das sich aus den Vorschriften des Devisengesetzes ergibt. Denn diese Vorschriften fußen auf der deutschen Devisenhoheit als einem Teile der Staatshoheit des Deutschen Reichs. Sie enthalten meist bedingte Verbote, Verbote nämlich, die durch die Genehmigung als eines Verwaltungsaktes behoben werden können. Die Devisenvorschriften stellen sich demnach als Verbote mit Erlaubnisvorbehalt dar und die Genehmigung als ein Akt des öffentlichen Rechts. Dabei darf man das Eigenartige nicht verkennen, daß die Auswirkungen dieser Genehmigung, ob als Einzel-, allgemeine oder Sammelgenehmigung, auf Rechtsgeschäfte rein privatrechtlicher Art sind.

§ 2. Die privatrechtliche Bedeutung der Genehmigung für das abgeschlossene Geschäft.

Das Geschäft ist von Anfang an wirksam, wenn die Genehmigung vor oder nach der Vornahme erteilt wird. Das Geschäft ist „schwebend

1) Stengel-Fleischmann, Wörterbuch des deutsch. Staats- u. Verwaltungsrechts, II S. 631.

unwirksam" bis zur Genehmigung, wenn sie erst nachträglich nachgesucht wird, es ist nichtig, wird sie versagt, außer in besonderen Fällen, z. B. beim Erwerb oder Verfügung über Gold (§ 10 DevG.), da § 10 DevG. in § 39 DevG. nicht genannt ist.

Die privatrechtlichen Auswirkungen der fehlenden Genehmigung.

a) Die schwebende Unwirksamkeit.

Sie tritt ein, wenn ein Rechtsgeschäft ohne die erforderliche Genehmigung vorgenommen wird und reicht bis zur Erteilung der Genehmigung. In diesem Augenblick wird das Geschäft als von Anfang gültig angesehen. Die Genehmigung bewirkt demnach rückwirkend die Heilung.

b) Die Nichtigkeit.

Sie tritt rückwirkend ein, wenn die Genehmigung endgültig versagt wird und erscheint einmal als absolute, dann als relative Nichtigkeit (§ 38 DevG.).

Es erhebt sich nun die Zweifelsfrage, ob von der absoluten oder relativen Nichtigkeit sowohl das Verpflichtungs- als auch das Erfüllungsgeschäft erfaßt wird.

Bei ausgesprochen verbotenen Devisengeschäften, wie z. B. Termingeschäfte über Gold und Edelmetall gegen inländische Zahlungsmittel (§ 30 Abs. 2 DevG.) ist das Verpflichtungsgeschäft ebenfalls nichtig.

Bei genehmigungsbedürftigen Geschäften wird man darauf abzustellen haben, ob nur das dingliche Erfüllungs- oder schon das Verpflichtungsgeschäft einer Genehmigung bedarf. Ist, wie in § 7 Abs. 2 DevG. das obligatorische Geschäft genehmigungsbedürftig, so wird schon dieses bei mangelnder Genehmigung von der Nichtigkeit betroffen. Sonst wird man mit Hartenstein [2]) anzunehmen haben, daß nur das dingliche Erfüllungsgeschäft von der Nichtigkeit erfaßt wird. Freilich, liegt eine Genehmigung nicht vor, so ist das Rechtsgeschäft ein verbotenes und wird erst mit der Erteilung der Genehmigung wirksam. Aber es liegt doch nur ein zeitbeschränktes Verbot vor, beschränkt auf die Zeit bis zur Genehmigung. Und zieht man § 308 BGB heran, wonach die Unmöglichkeit der Leistung der Vertragsgültigkeit nicht entgegensteht, wenn die Unmöglichkeit behoben werden kann und der Vertrag für den Fall geschlossen worden ist, daß die Leistung möglich wird, so ergibt sich daraus die Gültigkeit dieses Verpflichtungsgeschäfts. Nach § 309 BGB findet diese Bestimmung auch für den Fall Anwendung, daß ein Vertrag gegen ein gesetzliches Verbot verstößt.[3])

2) § 38 DevG. Anm. 2 S. 284.

3) so auch Hartenstein S. 285.

§ 3. Insbesondere die absolute und relative Nichtigkeit.

Die absolute Nichtigkeit kann gegenüber jedermann geltend gemacht werden und als relative bezeichnet man diejenige, die „nicht zum Nachteil von Personen geltend gemacht werden kann." Offenbar ist diese Formulierung dem BGB entnommen, das bei Forderungsübergängen eine Geltendmachung zum Nachteile einer anderen Person nicht gestattet,[4]) wo es sich aber darum handelt, die Auswirkungen der Nichtigkeit von Rechtsgeschäften zu regeln, da verwendet das BGB diese Ausdrucksweise nicht, sondern spricht dann, wie z. B. in § 135 BGB, davon, daß die Verfügung „nur diesen Personen gegenüber unwirksam ist." Das Devisengesetz kann mithin in § 38 Abs. 1 DevG. nicht dasselbe meinen, dann hätte es die Formulierung anders gewählt, dem Sinn und Zweck des Devisengesetzes würde eine derartige Regelung auch niemals gerecht werden. Wenn § 38 DevG. meint, die Nichtigkeit kann nicht zum Nachteil geltend gemacht werden, so kann es einmal den Sinn haben, daß die Nichtigkeit schlechthin den dort bezeichneten Personen gegenüber nicht geltend gemacht werden kann, aber auch, daß dies nur hinsichtlich der Rechtsfolgen, die sich aus dieser Nichtigkeit ergeben, nicht geschehen darf. Hartenstein S. 290 versteht unter der zweifelhaften Bestimmung, daß die genannten Personen

> „verlangen können, so gestellt zu werden, als ob das verbotenerweise vorgenommene Geschäft rechtswirksam erfolgt wäre. Es bedeutet aber nicht, daß sie die verbotene Leistung selbst, solange diese noch nicht erfolgt ist, fordern können."

Hartenstein ist also wohl der Meinung, daß nur die sich aus der Nichtigkeit ergebenden Rechtsfolgen den Personen gegenüber nicht geltend gemacht werden können, z. B. Rückforderungsansprüche der Gegenpartei, während Goldbaum [5]) der Ansicht ist, die Personen können sich auf den Standpunkt stellen, als ob das Geschäft gültig wäre. Sie können Erfüllung fordern, müssen aber auch leisten. Goldbaum stellt sich somit auf den Standpunkt, daß die Nichtigkeit schlechthin nicht geltend gemacht werden könne. In dieser weiten Fassung wird man den Satz nicht hinnehmen können, denn es kann wohl nicht angehen, daß eine öffentlichrechtliche Norm durch das Privatrecht abgeboten wird.

Wenn relative Unwirksamkeit vorliegt, so ist die Leistung des Gläubigers aus rechtlichen Gründen zeitweise objektiv unmöglich [6]) und es tritt eine Umwandlung des Anspruchs des Gutgläubigen auf

4) §§ 268, 426 Abs. 2, 774; 1143 BGB usw.
5) Anm. 3 zu § 12 DevVO S. 50.
6) a.A. Buschke a.a.O. S. 130: er nimmt Stundung an.

Erfüllung in den Anspruch ein, der sich aus dieser Unmöglichkeit der Leistung ergibt. Es kommt also darauf hinaus, daß das Wesen des § 38 DevG. die Gewährung eines Anspruchs auf das negative Vertragsinteresse für den Gutgläubigen ist.[7])

§ 4. Die Heilung nicht rechtsgeschäftlicher Akte durch die Genehmigung.

Schwebend unwirksame Geschäfte werden mit der Erteilung der Genehmigung vom Zeitpunkt ihrer Vornahme an wirksam. Es mag immerhin zweifelhaft sein, ob das Devisengesetz unter „Geschäft" nur ein Rechtsgeschäft versteht, oder ob es unter seinen Begriff auch andere Rechtshandlungen einbezogen wissen will, insbesondere, ob ohne die Genehmigung vorgenommene Vollstreckungen nachträglich durch eine solche geheilt werden und von welchem Zeitpunkt an.

Die Literatur ist einerseits der Ansicht, daß das Devisengesetz zwar von Geschäften ganz allgemein redet, damit aber nur Rechtsgeschäfte meine[8]), andererseits verkennt man nicht, daß eben der Begriff „Geschäft" weit über den eines Rechtsgeschäfts hinausgeht, daß aber der Begriff „Geschäfte„ einschränkend auszulegen sei, da § 1 XII. DurchfVO, der die Rechtsquelle des heutigen § 38 DevG. bildet, auch nur von Rechtsgeschäften sprach.[9]) Man übersieht anscheinend dabei eins, daß das Devisenrecht zu den Geschäften ganz allgemein auch die Zwangsvollstreckung und Arrestvollziehung rechnet,[10]) und wenn im Gegensatz zu der oben genannten Durchführungsverordnung, die die Heilung von Rechtsgeschäften einführte, § 38 Abs. 1 S. 2 DevG. nur von Geschäften spricht, so hat der Gesetzgeber sich zum mindesten etwas dabei gedacht, genau so wie er in § 29 DevG bewußt von „Veräußerung", an anderen Stellen von „Verfügungen" spricht. Es hat sicher wenig Zweck das Devisenrecht allzu sehr mit der Lupe des Privatrechts, insbesondere des BGB zu betrachten und jeden devisenrechtlichen Begriff nach bürgerlichrechtlichen Gesichtspunkten auslegen zu wollen. Nur so sind überhaupt die Worte von Schultze in JW 1932 S. 2004 D VII zu verstehen:

> „Eine entsprechende Anwendung der Bestimmung auch auf Vollstreckungen erscheint mit Rücksicht darauf, daß der Gesetzgeber trotz der vielfachen Erörterung der Frage in der Literatur die Heilung nur für Rechtsgeschäfte angeordnet hat, nicht angängig."

7) so auch Blau a.a.O., S. 233.
8) so Hartenstein S. 289.
9) so Schulze JW 1932/3164.
10) sehr richtig Goldbaum a.a.O. § 12 DevVO Anm. 1.

Man sucht dann einen Ausweg unter Verwendung der Grundsätze, die sich für die Heilbarkeit von fehlerhaften Vollstreckungsakten entwickelt haben.[11]) Wo aber steht heute noch etwas von einem Rechtsgeschäft? Gewiß, der Einwand, daß die devisenrechtlichen Beschränkungen öffentlichrechtlicher Natur seien und daß eine rückwirkende Heilbarkeit der Lehre vom fehlerhaften Staatsakt widerstreiten würde, ist schwerwiegend genug. Aber ebenso schwerwiegend ist die Tatsache, daß alle die Grundsätze, die an Hand des § 750 ZPO für die Heilbarkeit der Vollstreckungsakte entwickelt und unter dem Wort „Nachholungstheorie" zusammengefaßt worden sind, ebenso wenig passen. Der Sinn des § 750 ZPO ist, dem Schuldner und auch Dritten vor mangelhaften Vollstreckungshandlungen Schutz zu gewähren. Das Erfordernis der Genehmigung im devisenrechtlichen Sinn bezweckt aber niemals den Schutz des einzelnen als Träger des Privatrechts, sondern einzig und allein den Schutz der deutschen Währung. Es müssen also in erster Linie Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte walten und damit erklärt sich vielleicht auch der Unterschied in der Formulierung des § 750 ZPO von der des § 41 DevG. Hier wird ganz generell auf die Erteilung der Genehmigung abgestellt, nicht heißt es aber, daß ohne sie „die Zwangsvollstreckung nicht beginnen darf." Genau wie bei Rechtsgeschäften kann die Genehmigung also nachträglich erteilt werden, die deutsche Währung ist auch so genügend geschützt, auf den Schutz Dritter kann es dabei nicht ankommen, denn auch bei nachträglicher Genehmigung von Rechtsgeschäften fehlt eine Vorschrift, die wie § 184 Abs. 2 BGB erworbene Rechte Dritter schützt. Eine unmittelbare Anwendung kommt hier nicht in Frage, da es sich nicht um eine zivilrechtliche Zustimmung, sondern um einen Verwaltungsakt handelt, auch eine Übertragung des in § 184 Abs. 2 BGB liegenden Rechtsgedankens wird abzulehnen sein [12]) Sonst hätte der Gesetzgeber, wie für die Heilung selbst, so auch für den Schutz Dritter eine Bestimmung getroffen.[13]) Soll man tatsächlich in der Behandlung der Frage einen solchen Unterschied machen? Im Devisenrecht erscheint er nicht gerechtfertigt. Man wende nicht ein, daß der Staatsbürger, der sich um die Erteilung der Genehmigung bemüht, gegenüber den, der ohne Rücksicht darauf mit einem späteren Schuldtitel eher zur Vollstreckung kommt, in „nicht zu rechtfertigender Weise um seine bevorzugte Befriedigung kommen würde." Was für Rechtsgeschäfte gilt, gilt in gleicher Weise für Vollstreckungen, das Devisenrecht trennt beide nicht so scharf. § 38 Absatz 1 S. 2 DevG. kommt demnach nicht nur für Rechts-

11) Stein § 750 ZPO Anm. I; Förster-Kann § 750 ZPO Anm. 5.
12) a. A. wohl Hartenstein S. 289.
13) ähnlich Thiele a.a.O.

geschäfte zur Anwendung[14]). In allen Fällen erfolgt mit der nachträglichen Genehmigung eine Heilung für den Zeitpunkt der Vornahme des Geschäfts[15]).

§ 5. Die zivilrechtliche Bedeutung des Genehmigungserfordernisses für das Verhältnis vom Gläubiger zum Schuldner, insbesondere

a) die Frage des Schuldnerverzugs infolge Fehlens der Genehmigung.

Es war oben S. 34 schon darauf hingewiesen worden, daß bei Fehlen der Genehmigung der Devisenbehörde die geschuldete Leistung eine verbotene, also eine objektiv unmögliche ist. Das kann natürlich nur für den Fall gelten, daß eine Genehmigung überhaupt nicht, auch nicht zur Zahlung auf Sperrkonto gemäß II 44 Ri erteilt ist. Doch soll auf diesen Fall erst unten eingegangen werden. Aus dem Fehlen der Genehmigung ergeben sich Einwirkungen auf die Vertragsparteien, die schon mit der Frage beginnen, wer für die Beibringung der Genehmigung zu sorgen hat. Das Devisengesetz selbst sagt nichts darüber; man wird die Beibringungslast als allgemeinen bürgerlichrechtlichen Gesichtspunkten zu entnehmen haben. Die Lösung wird § 242 BGB geben, wobei im Einzelfall zu prüfen ist, welcher Art der dem Genehmigungszwang unterliegende Akt ist und ob die genehmigungsbedürftige Handlung einer im Privatrechtsverhältnis begründeten Verpflichtung entspringt. Man wird also sagen können, daß grundsätzlich der Schuldner sich um die Erteilung der Genehmigung zu bemühen hat[16]). Selbst dann, wenn ihm die Beibringung besondere Mühe macht, wird er sich mit dem Gläubiger in Verbindung zu setzen haben. Eine Unterlassung kann zum Schadensersatz wegen Verstoß gegen Vertragstreue führen (§ 176 BGB). Auch durch Aenderung der Devisenbestimmung sich ergebende Aenderungen in der Art der geschuldeten Leistung hat der Schuldner auf sich zu nehmen, z.B. Zahlung auf Sperrkonto[17]).

Es fragt sich nun, welche Rechtsfolgen eintreten, wenn der Schuldner die ihm obliegenden Verpflichtungen nicht erfüllt. Hartenstein nimmt S. 308 an, daß er in Schuldnerverzug kommt, wobei er es anscheinend nicht auf die Mahnung der fälligen Leistung abstellt. Er müßte dann vom Zeitpunkt der Fälligkeit an Verzugszinsen zahlen und haftet gemäß § 288 BGB für jeden weiteren, aus dem Verzuge sich ergebenden Schaden. Stellt sich später heraus, daß eine

14) so RG in JW 1932/2048.

15) a. A. Hartenstein und die dortige Literatur in § 38 DevG. Anm. 10, S. 289.

16) so RGZ 115, 38 für das Pr. Grundstücksverkehrsgef. v. 10. Febr. 1923.

17) RG in JW 1935 S. 1082.

Genehmigung nicht zu erreichen ist, so soll die damit festgestellte objektive und vom Schuldner nicht zu vertretende Unmöglichkeit die Verzugszinsen rückwirkend wieder aufheben. Eine sehr kunstvolle Konstruktion, zu der Hartenstein kommen muß, weil er anscheinend das Wesen einer Haupt- und einer Nebenleistung in diesem Falle verkennt. Es sollte kein Zweifel darüber bestehen, daß die Beibringung einer Genehmigung eine Nebenleistungspflicht ist, daß aber vom Schuldnerverzug nur dann die Rede sein kann, wenn es sich um einen Verzug mit der Hauptleistung handelt, ganz abgesehen davon, daß Verzugszinsen sich ihrem Wesen nach nur auf Geldschulden beziehen, mit denen der Schuldner in Verzug geraten ist. Die Beibringung einer notwendigen Genehmigung als Voraussetzung für die Wirksamkeit des Vertragsabschlusses ist stets nur eine Nebenleistung, sie ist nur den eigentlichen Vertragsverhandlungen vor- oder auch nachgehend. Bei ihrer Versäumung kann man in keinem Falle von einem Schuldnerverzuge sprechen. Man wird vielmehr so zu konstruieren haben: Ist der Vertrag ohne die erforderliche Genehmigung geschlossen, so ist er schwebend unwirksam und bei diesem schwebend unwirksamen Vertrage ist das Fehlen der Genehmigung als einer Nebenverpflichtung, als culpa in contrahendo, als Verschulden beim Vertragsschluß anzusehen. Damit erledigt sich die Frage der Verzugszinsen von selbst. Wenn die Genehmigung überhaupt nicht erteilt wird, ein Verschulden des Schuldners nicht vorliegt, so entfällt ein Schadensersatzanspruch überhaupt, höchstens ist dem Gläubiger der Vertrauensschaden zu ersetzen. Hat sich dagegen der Schuldner schuldhaft nicht um die Genehmigung bemüht, so wird man dem Gläubiger den vollen Schadensersatzanspruch zuzubilligen haben[18]). Während Hartenstein grundsätzlich zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 286 BGB kommt, wird nach der hiesigen Konstruktion der Ersatz des Vertrauensschadens als Grundregel angenommen und es ist hier nicht nötig, bei endgültiger Versagung der Genehmigung zu der etwas umständlichen Konstruktion der rückwirkenden Aufhebung der Verzugsfolgen zu greifen

b) Die Frage des Gläubigersverzugs infolge Fehlens der Genehmigung.

Wird ohne ein Verschulden des Schuldners die Genehmigung versagt, so kommt er, wenn es sich z. B. um einen Warenkauf handelt, nach Ansicht Hartensteins S. 309 in Annahmeverzug, insbesondere wenn er die Ware deshalb nicht abnehmen kann, weil er die Gegenleistung, den Kaufpreis, nicht zu erbringen vermag. Hartenstein bejaht also die Frage, ob der Käufer einer Ware wegen Versagung der

18) vgl. RGRK § 276 BGB Anm. 3.

Genehmigung in Annahmeverzug kommen kann, wenn der Verkäufer ihm die Ware ordnungsmäßig anbietet.

Gewiß, ein Verschulden ist nicht erforderlich, um den Annahmeverzug auszulösen, wenn aber die Parteien nicht ausdrücklich oder stillschweigend den Vertrag für den Fall geschlossen haben, daß eine Genehmigung erteilt werden wird, so ist der Vertrag auf eine verbotene Leistung gerichtet und damit unwirksam. Bei einem unwirksamen Vertrag kann man aber nicht von einer geschuldeten Leistung sprechen. Der „Schuldner" bietet also dem „Gläubiger" eine Ware zur Annahme an, die gar nicht geschuldet wird, die demnach den Annahmeverzug des „Gläubigers" nicht bewirken kann. Wenn freilich der Käufer den auf die Gültigkeit des Vertrages vertrauenden Verkäufer von dessen Unwirksamkeit nicht in Kenntnis gesetzt hat, so hat er ihm den Vertrauensschaden zu ersetzen.

Zweifelhaft könnte die Frage des Annahmeverzugs dann sein, wenn die Parteien den Vertrag für den Fall geschlossen haben, daß die Genehmigung erteilt werden wird. Hier ist, wie schon gesagt, der Vertrag gemäß §§ 308, 309 BGB gültig, er ist aber aufschiebend bedingt durch die Beseitigung der Unmöglichkeit. Die Parteien sind wohl gebunden, aber die Verpflichtung zur Leistung entsteht erst mit dem Eintritt der Bedingung. Wenn die Pflicht zur Leistung erst in diesem Zeitpunkte entsteht, so kann andererseits die Annahmepflicht nicht schon früher wirksam werden. Der Schuldner bietet eine Leistung an, die er noch gar nicht schuldet einem Gläubiger, dem sie noch gar nicht gebührt. Das Angebot einer nicht, besser noch nicht geschuldeten Leistung, kann niemals den Gläubiger, der sie zurückweist, in Annahmeverzug bringen. Es ist also nicht zutreffend, wenn Hartenstein und ihm folgend die gesamte Literatur bei Anbietung einer nicht genehmigten Leistung Gläubigerverzug annehmen. Diese hier besprochenen Fälle haben nichts mit dem gleich im Anschluß zu behandelnden Fall zu tun, daß ein ausländischer Forderungsinhaber dann in Annahmeverzug geraten kann, wenn er ein wörtliches Zahlungsangebot seines Schuldners, auch wenn es auf Leistung in Sperrmark ergeht, ablehnt.

§ 6. Die Umwandlung des bestehenden Schuldverhältnisses gemäß der Genehmigung der Devisenstellen.

Es war bisher angenommen worden, daß eine Genehmigung der Devisenstelle überhaupt nicht zu bekommen war, nicht einmal zur Leistung auf Sperrkonto. Gemäß II 44 Ri kann eine Genehmigung auf Zahlung in Kreditsperrmark unter der Voraussetzung erteilt werden, daß der Gläubiger bereit ist, diese Zahlung an Erfüllungsstatt

anzunehmen. Hier kann man schlecht von Unmöglichkeit sprechen, denn nur die Leistung in Devisen, nicht die in Sperrmark, ist unmöglich. Und Unmöglichkeit liegt dann nicht vor:

„Wenn die Verpflichtung noch, wenn auch in anderer Weise, als der ursprünglich vorausgesetzten erfüllbar ist und die Erfüllungsart dem Schuldner nach Treu und Glauben zugemutet werden kann" [19]).

Hier wird das Schuldverhältnis durch die Versagung der ursprünglich vorgesehenen Leistungsform und durch die Erteilung der Genehmigung zur Reichsmarkzahlung auf Sperrkonto kraft Gesetzes in ein auf die genehmigte Leistung gerichtetes umgewandelt. Es kann also einerseits dem Schuldner die im Rahmen der Gesetzgebung noch mögliche Leistung zugemutet werden, der Gläubiger darf andererseits über diesen Rahmen hinaus nichts verlangen.

Nun ist nicht zu verkennen, daß es in II 44 Ri heißt:

„Eine Genehmigung zur Zahlung auf ein Sperrkonto zugunsten eines Ausländers darf nur erteilt werden, wenn der Gläubiger bereit ist, diese Zahlung an Erfüllungsstatt anzunehmen".

Ist er verpflichtet, einer solchen Zahlung zuzustimmen?

Gewiß, die tief einschneidenden Vorschriften der Devisenregelung müssen das zwischen dem Gläubiger und Schuldner bestehende Rechtsverhältnis sachlich-rechtlich berühren, aber man wird dabei kaum soweit gehen dürfen, eine wesentliche Aenderung des Inhalts des bisherigen Schuldverhältnisses ohne weiteres als das notwendige Uebel der Devisengesetzgebung anzunehmen. Eine solche Aenderung des Schuldverhältnisses würde dann vorliegen, wenn es sich um eine Fremdwährungsforderung handelt, kaum aber im Falle einer Reichsmarkforderung. Wenn hier der Schuldner alle Vorbereitungen zur Erfüllung seiner Verpflichtung getroffen hat, dann wird man mit Recht annehmen können, daß auch der Gläubiger nach Treu und Glauben verpflichtet ist, den veränderten Umständen Rechnung zu tragen und seine Einwilligung für eine Sperrmarkzahlung zu geben. Der Schuldner könnte den Gläubiger auf Abgabe einer dahingehenden Erklärung verklagen. Lehnt der Gläubiger das wörtliche Zahlungsangebot des Schuldners ab, so muß er in Annahmeverzug geraten und der Schuldner wird von der Zinsleistungspflicht frei. So hat in JW 1935 S. 1082 das Reichsgericht entschieden mit dem Erfolg, daß die gesamte Literatur dagegen Sturm gelaufen ist[20]). Der Fall, der der reichsgerichtlichen Entscheidung zugrunde lag, hatte es mit einer Reichsmarkforderung eines Ausländers zu tun, aber die Ausführungen des

19) RGRK § 275 BGB Anm. 2.
20) Hartenstein in JW 1935 S. 1082; Langen in JW 1935 S. 1556.

höchsten Gerichtshofes lassen nicht erkennen, ob es im Falle effektiver Währung nicht ebenso entschieden hätte. Das ist durchaus möglich, trotz der obigen Bedenken hinsichtlich einer Aenderung des Inhalts des bisherigen Schuldverhältnisses, besonders im Hinblick auf die mit aller Zähigkeit behauptete Stabilität der deutschen Währung, wodurch dem ausländischen Gläubiger keinerlei Nachteile hinsichtlich einer Forderung erwachsen.

Die Wirkung einer so erteilten Genehmigung der Devisenstelle ist also, daß anstelle der ursprünglichen Schuld nur noch das aus der Devisengenehmigung Hervorgehende geschuldet wird. Diese Genehmigung darf erst nach Bereiterklärung des Gläubigers gemäß II 44 Ri erteilt werden, wozu dieser nach Treu und Glauben verpflichtet ist.

Weigert sich der Gläubiger in solch einem Falle, die Annahmeerklärung abzugeben, so ist der Schuldner ebenso wie bei Nichtgenehmigung seiner vertraglichen Leistung, durch die Devisenstellen zur Hinterlegung berechtigt, wobei berücksichtigt werden muß, daß eine Hinterlegung mit dem Verzicht auf Rücknahme ihrerseits eine genehmigungsbedürftige Verfügung nach §§ 9 Abs. 2, 11 Devisengesetz ist.

Sonst hat die Versagung der Genehmigung auf das Schuldverhältnis zwischen den Parteien keinen Einfluß. Ein Bürge kann sich gemäß § 768 BGB auf das Leistungsverweigerungsrecht des Hauptschuldners berufen, ohne aber Befreiung von der Bürgschaft verlangen zu können.

Unbedingt abzulehnen ist die vom Kammergericht in JW 1932 S. 2073 und vom Schweizer Bundesgericht in JW 1935 S. 239 vertretene Auffassung, daß die Wirkung der Versagung einer Genehmigung lediglich auf prozessualem Gebiet liegt, mit anderen Worten nur ein Prozeßhindernis sei. Dies führt hinüber in das Prozeßrecht und der Fragestellung, welche Bedeutung die Genehmigung im Prozeßrecht hat.

B. Die Bedeutung der devisenrechtlichen Genehmigung im Zivilprozeß.

§ 7. Die Genehmigung ist bereits im Erkenntnisverfahren von Amts wegen zu berücksichtigen.

Nach Ansicht des Kammergerichts in JW 1932 S. 2043 hat die Genehmigung im Prozeß den Charakter einer Sachurteilsvoraussetzung, d. h. wenn die Genehmigung zur Leistung des Schuldners nicht erteilt ist (§ 41 DevG.) oder besser bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung nicht vorgelegt werden kann, dann muß die Klage

abgewiesen werden. Das Urteil ist kein Urteil in der Sache selbst, sondern die Klage wird als unzulässig abgewiesen, sog.: Prozeßabweisung, absolutia ab instantia.

Es war aber gezeigt worden, daß das Fehlen der Genehmigung sich nicht nur im Prozeß auswirkt, sondern gerade für das Rechtsverhältnis von Bedeutung ist, indem nämlich bei fehlender Genehmigung das devisenrechtliche Verbot das Schuldverhältnis in der Weise ergreift, daß der Schuldner, wenn auch nur zeitweise, auch außerhalb des Prozesses nicht leisten darf. Solange eine Genehmigung nicht erteilt ist, ist die Leistung des Schuldners eine verbotene, würde ein Gericht in diesem Falle zur Leistung verurteilen, so würde ein Urteil auf eine verbotene, zeitweilig unmögliche Leistung ergehen. Es kann aber ausgeschlossen der Sinn unserer Zivilprozeßordnung sein, den Schuldner zu einer Leistung zu verurteilen, die durch ein anderes Gesetz verboten ist. Das Gericht würde also beim Fehlen der Genehmigung von Amts wegen zu prüfen haben, ob es sich um eine verbotene, zeitweilig unmögliche Leistung handelt oder nicht. Kommt es zu dem Ergebnis, daß dies der Fall ist, dann hat es die erhobene Klage als unbegründet abzuweisen: Das Urteil wird nicht feststellen, daß der geltend gemachte Anspruch nicht besteht, sondern nur, daß er wegen des gesetzlichen Verbotes bis zu dessen Aufhebung nicht geltend gemacht werden kann. Aus diesem Grunde ist gegen eine erneute Geltendmachung des Anspruchs nicht die Einrede der Rechtskraft zu erheben[21]).

Zu einer anderen Ansicht kommt Buschke S. 132 ff. Er sieht, wie das Kammergericht in dem devisenrechtlichen Verbot, nur ein Hinausschieben der Fälligkeit und kommt zu dem Ergebnis, daß das Nichtvorliegen der Genehmigung einer Verurteilung nicht im Wege steht. Nur, wenn die Genehmigung bereits versagt ist, d. h. eine gesetzliche Stundung vorliegt sei eine Klageabweisung gerechtfertigt und dies auch nur dann, wenn der Schuldner diese gesetzliche Stundung im Wege der Einwendung geltend gemacht hat. Macht sie der Schuldner nicht geltend, so sei es dem Richter unbenommen, antragsgemäß zu verurteilen, das Fehlen der Genehmigung sei erst in der Vollstreckungsinstanz zu berücksichtigen.

Es soll zugegeben werden, daß Buschke den Gesetzestext für sich hat, denn § 41 DevG. sagt, daß die Zwangsvollstreckung nur zulässig sei, wenn die Genehmigung erteilt ist. Dem kann man aber § 39 DevG. entgegenhalten, der von einer Aussetzung des Verfahrens auf Parteiantrag spricht und zwar des Erkenntnisverfahrens, bis die Ent-

21) so auch RGZ 143, S. 312, 327, 328.

scheidung der Devisen- oder Ueberwachungsstelle ergangen ist. Diese Bestimmung läßt doch ohne Zweifel erkennen, daß eine gerichtliche Entscheidung erst dann zu ergehen hat, wenn die Genehmigung versagt oder erteilt ist. Ferner darf man nicht vergessen, daß das Erfordernis der Devisengenehmigung auch den Schuldner an einer Leistung hindern soll, wird er aber zu einer an sich verbotenen Leistung verurteilt, so kann von einer solchen kaum noch eine Rede sein, der Schuldner wäre in der Lage, freiwillig an den Gläubiger zu leisten, so daß es zu einer Nachprüfung der Sache in der Vollstreckungsinstanz gar nicht mehr käme. Schwerlich kann der Gesetzgeber dies gewollt haben. Die Ansicht Buschkes, in dem devisenrechtlichen Verbot eine gesetzliche Stundung zu sehen, ist ebenso abzulehnen, wie die Ansicht des Kammergerichts, das Fehlen der Genehmigung sei nur ein Prozeßhindernis. Richtig ist, daß das Vorliegen der Genehmigung bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung nachgewiesen werden muß. Daß die Genehmigung in jeder Lage des Prozesses von Amts wegen nachzuprüfen ist, und daß bei Nichteinbringung der Genehmigung die Klage als zur Zeit unbegründet abzuweisen ist, auch wenn die Parteien unbestritten die Erteilung der Genehmigung behaupten, muß im Prozeß deren Nachweis geführt werden. Die Parteien können nicht untereinander vereinbaren, ob eine verbotene Leistung zu einer erlaubten werde.

Für die Durchführung einer Feststellungsklage ist nach III 4 Abs. 4 Ri eine Genehmigung nicht erforderlich, wohl aber ein Versäumnisurteil, da die Behauptung, die Genehmigung sei erteilt, dem Gericht nicht genügen darf[22]). Gleiches gilt für das Anerkennungsurteil.

Wird die Genehmigung erteilt, so wird die Klage stattgegeben, wenn der Anspruch sonst materiell begründet ist, und der Beteiligte hat die Kosten zu tragen, wenn er trotz Vorliegens der Genehmigung die Leistung verweigert (vgl. auch § 83 ZPO).

§ 8. Die Bindung der Gerichte an die Genehmigung bzw. Versagung der Genehmigung.

Das Devisengesetz selbst gibt keine Anhaltspunkte dafür, wie diese wichtige Frage zu entscheiden ist. Den Devisenstellen ist zwar die Entscheidung über die Erteilung oder Versagung einer gesetzlich notwendigen Genehmigung übertragen, keineswegs aber zugleich die Entscheidung über die Genehmigungsbedürftigkeit des Geschäfts selbst. Andererseits besitzen die Gerichte, die zur materiellen Würdigung eines

22) a.A. Hartenstein in einem Aufsatz in JW 1932 S. 319 zu IV 5.

Rechtsverhältnisses zuständig sind, die Kompetenz

„über alle für ihre Entscheidungen erheblichen Vorfragen, incidenter, zu befinden, selbst wenn diese aus einer anderen Zuständigkeit stammen“[23]).

Sache der Gerichte bzw. der Grundbuchbehörden ist es, über die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit eines nicht genehmigten Geschäfts im Rahmen des rechtlich geregelten Verfahrens zu entscheiden. Sache der Devisenstellen ist es, nach pflichtmäßigem Ermessen aus den vorliegenden Gesetzesbestimmungen heraus die Entscheidung zu treffen. Die Frage allerdings, ob die Devisenstelle im Rahmen ihres pflichtmäßigen Ermessens gehandelt hat, die Frage des Ermessenfehlers also, ist der gerichtlichen Nachprüfung wie sonst im Verwaltungsrecht entzogen. Ob aber die Voraussetzungen für eine Entscheidung der Devisenstellen überhaupt gegeben sind oder nicht, mit anderen Worten, ob eine genehmigungsbedürftige Leistung vorliegt oder nicht, darüber haben die Gerichte zu entscheiden[24]). Die Gerichte allein haben über die Auslegung und Anwendung aller Gesetze, die bei der Behandlung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten heranzuziehen sind, zu entscheiden, eine Bindung der Gerichte an Entscheidungen einer anderen Behörde besteht nicht, wenn nicht solches ausdrücklich vorgeschrieben ist. Dieses Recht, auch für die Gerichte bindend über die Vorfrage der Genehmigungsbedürftigkeit zu entscheiden, ist der Devisenstelle nirgends eingeräumt. Anders für die Frage, ob eine Person Inländer oder Ausländer im Sinne des Devisengesetzes ist[25]). Auch daraus, daß, wie oben S. 40 gezeigt, die Devisenstellen in besonderen Fällen, mit konstitutiver Wirkung feststellen können, was geschuldet wird, effektive Währung oder Sperrmarkt, kann man kaum eine Bindung der Gerichte an die Genehmigung oder deren Versagung herleiten. Denn die Frage, was geschuldet wird, ist verschieden von der, ob die Leistung dieser Schuld einer Genehmigung bedarf oder nicht. Hat die Devisenstelle die Genehmigung versagt, so kann das Gericht sehr wohl zu der Ueberzeugung gelangen, daß das Geschäft nicht genehmigungsbedürftig ist und braucht die Versagung der Genehmigung zu würdigen. Dasselbe gilt für den umgekehrten Fall. Daß die hier vertretene Auffassung auch mit dem Willen des Gesetzgebers in Einklang steht, mag aus III 11 Ri hervorgehen, wonach bei einem Auseinanderfall der Meinungen, die Auffassung einer Behörde der streitigen oder freiwilligen Gerichtsbarkeit für die Devisenstellen bindend ist. Diese Regelung war in den Richtlinien für die Devisenverordnungen von 1931 und 1932 nicht ent-

23) Fleiner a.a.O. S. 20.
24) Buschke a.a.O. S. 126.
25) vgl. § 6 Abs. 6 Satz 3 DevG.

halten, man konnte demnach für den früheren Zustand sehr wohl einer anderen Ansicht sein und die Genehmigungserteilung bzw. Versagung durch die Devisenstelle als für die Gerichte verbindlich ansehen Deshalb konnte das Landgericht I Berlin mit einigem Recht seine dahingehenden Beschlüsse, z. B. 209 T 1094/32 vom 29. Februar 1932; 209 T 1459/32 vom 22. Februar 1932 ergehen lassen. Es ist sicher, daß für diese letztere Regelung in ihrer Einfachheit praktische Gesichtspunkte sprechen, das geltende Recht hat aber, wiebeson ders aus III 11 Ri hervorgeht, den entgegengesetzten Standpunkt eingenommen.

Anders freilich liegt der Fall, wenn die Devisenstelle den konkreten Sachverhalt geprüft hat und nach pflichtmäßigem Ermessen zu dem Ergebnis gelangt, daß für dieses Geschäft eine Genehmigung nicht erforderlich sei.[26]) Es ist den Devisenstellen die Aufgabe zugefallen, die Kontrolle über die Auslandszahlungen und den Devisenverkehr auszuüben. Wenn nun diese Stellen die Bescheinigung erteilen, eine Genehmigung sei nicht nötig, so liegt darin zugleich die Kundgabe, daß das Geschäft devisenwirtschaftlich ohne Interesse sei. Damit aber haben die Devisenstellen alles getan, was zu ihrer kontrollierenden Tätigkeit gehört und insofern muß man eine Bindung der Gerichte annehmen[27]).

§ 9. Genehmigung und Grundbuchrecht.

Da die Veräußerung eines inländischen Grundstücks mit Ausnahme eines solchen, das mit Sperrguthaben erworben worden ist (vgl. § 18 Abs. 2 DevG.) ohne jede Genehmigung erfolgen kann, so hat der Grundbuchrichter bei Auflassungen, bei denen irgendwie ein Ausländer beteiligt ist, devisenrechtliche Grundsätze in keiner Weise zu beachten. Von Bedeutung wird die Genehmigung erst, sobald es sich um Belastungen von Grundstücken handelt, z. B. um die Bestellung einer Restkaufgeldhypothek für den ausländischen Veräußerer. In gleicher Weise ist bei einem Verkauf eines inländischen Grundstücks an einen Ausländer die Stundung des Kaufpreises unter Bestellung einer Restkaufgeldhypothek eine genehmigungsbedürftige Kreditgewährung an den Ausländer und es ist nicht zutreffend, wenn Hartenstein in Bem. 3, Anhang zu § 14 DevG. die Eintragung dieser Hypothek ohne Genehmigung gestattet, denn die Tatsache, daß die zugrunde liegende Krediteinräumung nicht ohne Genehmigung erfolgen kann, beeinflußt auch die Hypothekenbestellung, d. h. die Genehmigung ist Voraussetzung für den Eintrag der Hypothek[28]), obwohl § 14 Abs. 2

26) Sog. Negativatteſt.
27) a.A. Hartenstein § 39 DevG. Anm. 9 S. 304.
28) vgl. Güthe-Triebel §§ 22 GBO Anm. 14, 20 GBO Anm. 52 und Vorbem. vor § 13 GBO Anm. 13.

DevG. nur die Hypothekenbestellung für einen Ausländer unter Genehmigung stellt.

Da, wie oben S. 30 festgestellt war, zu den Forderungen im Sinne des Devisengesetzes auch Hypotheken, Grund- und Rentenschulden gehören, so ergibt sich daraus, daß jede Abtretung, Verpfändung, Tilgung usw. dieser Rechte genehmigungsbedürftig sind. Grundlage für diese Eintragung ist allerdings nur die Bewilligung des Betroffenen, der Grundbuchrichter hat das zugrunde liegende Kausalgeschäft nicht zu prüfen. Diese Eintragungsbewilligung gehört dem formellen Recht an und stellt sich dar als die einem Eintrag rechtfertigende, abstrakte, empfangsbedürftige Willenserklärung[29]), sie ist zwar nicht auf eine dingliche Rechtsänderung unmittelbar gerichtet, aber doch Teil eines Verfügungsgeschäfts[30]). Die Eintragungsbewilligung ist zwar nicht selbst Verfügung, hat aber doch sehr stark verfügungsähnlichen Charakter. Der Grundbuchrichter wird daher nur dann einer solchen Bewilligung entsprechen können, wenn die zugrunde liegende Verfügung, also die Abtretung oder Verpfändung, bereits genehmigt worden ist. Man kommt im Ergebnis dahin, die Eintragungsbewilligung einer Verfügung gleichzuachten[31]).

Handelt es sich um ein Grundstück, das nach § 18 Abs. 2 DevG. mit Mitteln erworben worden ist, über die nur mit Genehmigung verfügt werden darf, und hat sich die Devisenstelle oder die Reichsbank eine solche Genehmigung vorbehalten, so ist in diesem Genehmigungsvorbehalt eine gegen jedermann wirksame öffentlich-rechtliche Verfügungsbeschränkung zu erblicken, die im Grundbuch nicht einzutragen ist. Gemäß § 38 DevG. sind nicht genehmigte Verfügungen über solche Grundstücke unwirksam und der gutgläubige Erwerber wird nur im Rahmen des § 38 DevG. nicht nach § 894 Abs. 1 Satz 1 BGB geschützt, denn letzterer bezieht sich nur auf relative Veräußerungsverbote. Da aber auf Grund von II 54 Ri eine Benachrichtigung des Grundbuchamts erfolgt, so wird jede Rechtsänderung ohne die Genehmigung abgelehnt werden.

§ 10. Die Genehmigung in der Zwangsvollstreckung.

Für die Zwangsvollstreckung zur Herbeiführung einer genehmigungsbedürftigen Leistung hat die Genehmigung die Bedeutung einer wesentlichen Voraussetzung der Zulässigkeit derselben: Ohne Genehmigung ist die Zwangsvollstreckung nicht zulässig (§ 41 DevG.) Dabei

29) Güthe-Triebel § 19 GBO Anm. 7.
30) ähnlich von Tuhr, Allgem. Teil S. 153, 247.
31) ähnlich KG in JW 1932 S. 2043.

ist hier nicht darauf abgestellt, daß durch die Zwangsvollstreckung eine Verfügung herbeigeführt wird, sondern § 41 DevG. trifft jeden Akt der Zwangsvollstreckung, wenn er nur auf eine genehmigungsbedürftige Leistung des Schuldners hinzielt. § 41 DevG. ist deshalb weit umfassender als § 7 Abs. 1 Bl. 2 DevG. Freilich ist es durchaus möglich, daß der betreffende Akt zugleich eine Verfügung darstellt, aber in diesem Fall befreien die Richtlinien III 4 Abs. 2 Ri von einer Genehmigung zur Verfügung.

Bereits zur Einleitung der Zwangsvollstreckung ist die Genehmigung erforderlich und genau wie im Prozeß ist sie von den Vollstreckungsorganen von Amts wegen zu beachten. Dabei kann es nicht darauf ankommen, ob die Genehmigung zugestellt ist, denn § 41 DevG. spricht nur von einer Erteilung und es besteht kein Grund, etwa aus § 750 ZPO ein solches Erfordernis abzuleiten[32]). Wenn das Gesetz von Zwangsvollstreckung redet, dann meint es jeden einzelnen Akt derselben, nicht aber Akte, die ihr vorhergehen wie die Erteilung der Vollstreckungsklausel. Die Richlinien haben daher die Erteilung der Vollstreckungsklausel von der Genehmigung freigestellt (III 6 a Ri). Hat aber nach materiellem Recht ein Wechsel der berechtigten oder haftenden Personen stattgefunden und soll die Klausel gemäß § 727 ZPO dem Rechtsnachfolger erteilt werden, wie z. B. im Falle einer Abtretung, so muß diese in der Vollstreckungsklausel benannt sein. In diesem Falle wirkt die Klausel rechtsgestaltend und wenn das die Rechtsnachfolge bedingende Rechtsgeschäft selbst den Beschränkungen des Devisenrechts unterliegt, so wird in diesem einen Falle wegen der konstitutiven Wirkung die Genehmigung bereits für diese Vollstreckungsklausel erforderlich und von Amts wegen zu berücksichtigen sein[33]).

Unter den Begriff Zwangsvollstreckung zählt auch die Herbeiführung des Offenbarungseides und man braucht, um eine Genehmigungspflicht dafür herzuleiten, nicht erst auf die tief einschneidende Wirkung für die wirtschaftliche Existenz des Schuldners hinzuweisen und darauf, wie es das Kammergericht in einem Beschluß v. 26. April 1932 8. W. 4512/32 in JW 1932 S. 1975 tut, daß „es nicht die Absicht des Gesetzgebers sein kann, zur Leistung des Eides zwecks Beitreibung einer Forderung zu zwingen, die er ohne Genehmigung gar nicht erfüllen darf".

Wegen der Heilung der ohne Genehmigung vorgenommenen Vollstreckungshandlungen durch nachfolgende Erteilung vgl. oben S. 36

32) Schultze in JW 1932 S. 2002 D I.
33) Schultze in JW 1932 S. 2002 D I.
34) so KG Beschluß vom 4. Mai 1933 12 W 3807/39 in JW 1932 S. 1980.

§ 11a. Die Genehmigung zur Zwangsversteigerung.

Unter § 41 DevG. fällt auch die Einleitung einer Zwangsversteigerung wegen einer Forderung eines ausländischen Gläubigers. Allerdings muß die Ausnahme in II 69 Ri beachtet werden, wo die Versteigerung eines inländischen Grundstücks eines Ausländers wegen der Forderung eines Inländers genehmigungsfrei ist.

Auch bei der Zwangsversteigerung ist eine Zustellung der Genehmigung nicht erforderlich und wenn sie einmal erteilt ist, dann bezieht sie sich auf das gesamte Verfahren, also: Versteigerung, Zuschlag, Aufstellung des Teilungsplans usw., denn die Genehmigung wird ja nicht zur „Zwangsvollstreckung", also für einen prozessualen Akt, sondern gemäß III 4 Ri „zur Leistung des Schuldners" erteilt.

Für die nachträgliche Heilung des Verfahrens gilt das oben S. 36 Gesagte entsprechend. Hier muß die Genehmigung bis zum Augenblick des Zuschlags beigebracht sein, denn ohne sie ist der Zuschlag gemäß § 83 Ziff. 6 ZVG zu versagen. Fehlt die Genehmigung, so kann die Unwirksamkeit des Verfahrens nach § 766 ZPO geltend gemacht werden, bis zur Entscheidung darüber kann die Genehmigung noch wirksam nachgebracht werden. Wenn aber einmal über die Erteilung des Zuschlags entschieden ist, so kann eine nachträgliche Heilung nicht mehr stattfinden, da ein einmal erwachsener Versagungsgrund nachträglich nicht geheilt werden kann[34]).

§ 11b. Die Genehmigung zur Zwangsverwaltung.

Auf die Zwangsverwaltung braucht nicht näher eingegangen zu werden, die Genehmigung hat hier die gleiche Bedeutung wie bei der Zwangsversteigerung.

C. Die nachträgliche Unwirksamkeit der Genehmigung.

§ 12. Die Bedeutung derselben für das materielle Recht.

Die Richtlinien vom 23. Juni 1932 (RGBl I Nr. 39 S. 317) hatte ein Unwirksamwerden der Einzelgenehmigung in dem Zeitpunkt des Wegfalls des Verwendungszwecks oder einen Monat nach der Erteilung angeordnet. Für die Sammelgenehmigung galt eine längere Zeit: III 3 Abs. 2, III 26 Ri. Daraus geht hervor, daß die Genehmigung nicht abstrakt ist, sondern für ein konkretes Geschäft erteilt wird. In den geltenden Richtlinien ist grundsätzlich die monatliche Geltungsdauer fallen gelassen worden, es wird außer bei Devisenerwerbsbescheinigungen und wenn die Devisenstellen und Ueberwachungsstellen nichts anderes anordnen, nur noch auf den Wegfall des Ver-

34) so KG Beschluß vom 4. Mai 1932 12 W. 3807/32 in JW 1932 S. 1980.

wendungszwecks abgestellt. Anderes gilt auch hier für die Sammelgenehmigung I 29 Ri.

Fällt der Verwendungszweck dieser einen Genehmigung fort, so wird die Genehmigung von diesem Zeitpunkt an unwirksam und zwar ohne daß es einer formellen Aufhebung bedarf. Es tritt für das Geschäft eine nachträgliche, objektive Unmöglichkeit mit all ihren Folgen ein. War aber die Genehmigung für ein mehraktisches Geschäft, z. B. Erwerb von Devisen zum Zwecke einer bestimmten Zahlung erteilt worden und war die Erwerbshandlung bereits erfolgt, so wird diese nicht nachträglich zu einer verbotenen, wenn jetzt der eigentliche Verwendungszweck wegfällt. Werden diese erworbenen Devisen jedoch für einen ganz anderen Zweck verwendet, so wird „dies so angesehen, als ob eine Genehmigung zur Verfügung überhaupt nicht erteilt wordensei.[35])

Da die Genehmigung ein Verwaltungsakt ist, so kann sie nur nach verwaltungsrechtlichen Gesichtspunkten zurückgenommen werden, d. h. eine Zurücknahme ist nicht mehr einseitig möglich, sobald von der Genehmigung bereits Gebrauch gemacht worden ist. Es sei denn, daß die Genehmigung erschlichen oder in sonstiger Weise erlangt wurde, jedenfalls Gründe vorliegen, die nach der Lehre vom Widerruf des Verwaltungsaktes zu einer Zurücknahme führen. Die Folge der Zurücknahme einer Genehmigung für das zugrunde liegende Geschäft ist nun nicht, wie Buschke, a. a. O. S. 124 annimmt,

„daß die bereits vorgenommene Handlung als ohne Genehmigung vorgenommen angesehen werden müßte, damit also auch die Nichtigkeits- und Straffolgen . . . in Kraft treten würden".

Auch nicht, wie Hartenstein § 8 DevG. Anm. 7 sagt

„daß eine auf Grund der Genehmigung bereits vorgenommene Verfügung durch den späteren Wegfall der Genehmigung nicht etwa nichtig wird",

sondern man wird hier als regelmäßige Folge der Zurücknahme die Gültigkeit des vorgenommenen Geschäfts anzunehmen haben, außer in den Fällen der erschlichenen oder erpreßten Genehmigung. Angefügt sei noch, daß ein nachträglicher Widerruf einer einmal versagten Genehmigung unzulässig ist, denn hier würde nachträglich der Schwebezustand wieder eingeführt werden[36]).

§ 13. Die Bedeutung des Unwirksamwerdens im gerichtlichen Verfahren.

Von größter Bedeutung ist endlich noch das Unwirksamwerden der Genehmigung im gerichtlichen Verfahren, also im Prozeß, vor dem Grundbuchamt und im Vollstreckungsverfahren.

35) Hartenstein I 8 Ri Anm. 1.
36) so auch RGZ 103, 104.

Die Richtlinien geben in I 8 Ri an, wann eine Genehmigung unwirksam wird:

1.) bei nachträglichem Wegfall des Verwendungszwecks,
2.) bei Nichtgebrauch innerhalb einer von den Devisenstellen oder Ueberwachungsstellen angeordneten Frist,
3.) innerhalb eines Monats bei Devisenerwerbsbescheinigungen.

Auf Fall 1.) war oben S. 49 schon eingegangen worden, es bleibt noch vor allen Dingen der Fall 2.) übrig, denn hier ist es immerhin nicht ganz eindeutig, was unter einem Nichtgebrauch zu verstehen ist. Positiv ausgedrückt, von einem Gebrauch der Genehmigung wird man dann sprechen können, wenn der Antragsteller mit Handlungen begonnen hat, die auf den gewünschten Erfolg hinzielen. Völlig verschieden davon aber ist die Frage, ob auch noch andere Handlungen von der wirksamen Genehmigung gedeckt sein müssen, z. B. die Eintragung des Grundbuchamts oder ob es genügt, wenn nur die Handlungen innerhalb der Laufzeit der Genehmigung durch den Inhaber derselben vorgenommen werden, „die von seinem Willen abhängig sind".[37]) Diese bisher fast nirgends behandelte Frage kann man nur beantworten, wenn man vom Wesen der Genehmigung und ihrer Wirkung auf das konkrete Rechtsgeschäft ausgeht. Dabei war oben S. 33, 42 gezeigt worden, daß das Wesen der Genehmigung nicht nur auf prozessualem Gebiet liegt, wie das Kammergericht annimmt, daß sie nicht nur eine Sachurteilsvoraussetzung ist, sondern, daß sie das zugrunde liegende Geschäft selbst ergreift und daß ihr Nichtvorliegen als eine rechtshindernde Tatsache von Amts wegen zu berücksichtigen ist, ohne Genehmigung die Klage abgewiesen werden muß, entgegen der Ansicht Buschkes, der sie erst überhaupt in der Vollstreckungsinstanz würdigen will. Aus dieser hier gefaßten Einstellung dürfte sich ergeben, daß die Genehmigung das gesamte Geschäft umfassen muß bis zu seinem tatsächlichen Abschluß, denn ohne sie ist dieses Geschäft ja ein verbotenes, ein Geschäft, das gegen die Devisenhoheit des deutschen Reiches verstößt. Es ist also nicht so, daß es genügt, wenn von einer Genehmigung nach § 14 DevG. durch Einreichung eines notariellen Hypothekenbestellungsaktes beim Grundbuchamt innerhalb der Frist Gebrauch gemacht wird, der Eintrag aber nachher erfolgen kann, es ist nicht so, daß die Genehmigung lediglich „eine sachlich-rechtliche Voraussetzung auf ein günstiges Urteil, ihr Unwirksamwerden durch Zeitablauf nach der Klageerhebung insbesondere während der Revisionsinstanz daher unbeachtlich sei."[38]) Die Genehmigung hat bis zum vollständigen Abschluß des gewollten Geschäfts rechts-

37) Hartenstein I 8 Ri Anm. 3 S. 532; Lion-Hartenstein I 4 Ri Anm. 2 S. 609.
38) so zwei bei Hartenstein I 8 Ri Anm. 3 zitierte unveröffentlichte RG-Urteile. vgl. dort.

wirksam zu sein und man hat für den weiteren Lauf der Frist rechtzeitig Sorge zu tragen.[39]) Unter diesem Gesichtspunkt ist auch die Befristung der Devisenerwerbsbescheinigung zu verstehen.

Fällt im Laufe des Zwangsvollstreckungsverfahrens die Genehmigung aus, so werden die Vollstreckungen wegen des Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig und sie müssen auf die Erinnerung aus § 766 ZPO für unzulässig erklärt werden. Es entsteht nun die Frage, ob bei einem Unwirksamwerden der Genehmigung das Pfändungspfandrecht ohne weiteres erlischt und bei Neuerteilung einer Genehmigung dieses im Rang einem inzwischen pfändenden Gläubiger nachgeht. Ein Pfändungspfandrecht entsteht bei Ordnungsmäßigkeit der Pfändung und bei Vorhandensein eines zu sichernden Anspruchs. Es ist also an eine formelle und eine materielle Wirksamkeitsvoraussetzung geknüpft. Umgekehrt muß diese sich aus der sog. Akzessorietätstheorie für das Entstehen des Pfändungspfandrechts ergebende Wirkung, ebenso für sein Erlöschen ergeben. Ein Pfändungspfandrecht erlischt demnach nur mit der Aufhebung der Pfändung (§§ 775, 776 ZPO) oder mit dem Untergang der zu sichernden Forderung. Selbst die Aufhebung des Vollstreckungstitels hat nicht einmal diese erlöschende Wirkung,[40]) sie bildet zwar den Anlaß zu den Anordnungen aus §§ 775, 776 ZPO, ohne jedoch diese Wirkungen von sich aus hervorrufen zu können. Nur wenn auf diese Weise die Verstrickung nachträglich fortfällt, kann das darauf begründete Pfändungspfandrecht untergehen. Solange jedoch die Verstrickung besteht, ist auch das Pfändungspfandrecht vorhanden, allerdings stets nur in Verbindung mit dem zu sichernden Anspruch. Was vom Vollstreckungstitel gilt, muß umsomehr für die Genehmigung gelten, mit anderen Worten, bei Unwirksamwerden der Genehmigung wird die Zwangsvollstreckung unzulässig und es hat ein Gerichtsbeschluß aus § 766 ZPO zu ergehen, der aber von sich aus das Pfändungspfandrecht nicht zum Erlöschen bringt, sondern nur die Grundlage für die Maßnahmen aus §§ 775, 776 ZPO bildet. Solange, also bis zum Lösen der Verstrickung, bleibt das Pfändungspfandrecht bestehen und wenn inzwischen ein anderer Gläubiger gepfändet hat, so geht er im Range dem durch das bloße Unwirksamwerden der Genehmigung nicht erloschenen Pfändungspfandrecht nach. Der Gläubiger wird, um die Maßnahmen aus §§ 766, 775, 776 ZPO zu verhüten, um baldige Neuerteilung der Genehmigung bemüht sein müssen.

39) anscheinend in dieser Richtung auch Westfeld in JW 1932 S. 3571.
40) a. A. Seuffert-Walsmann § 804 ZPO Anm. 7 a.

§ 14. Schlußbemerkung.

Damit ist auch ein zweiter wichtiger Begriff des Devisenrechts, nach verschiedenen Seiten hin im Zusammenhange betrachtet worden und hat zu der Erkenntnis geführt, in welch hohem Maße das Devisenrecht trotz seiner unverkennbaren Zugehörigkeit zum öffentlichen Recht mit dem Privatrecht verbunden ist. Man kann sagen, daß infolge der unmittelbaren Erfassung der Geschäfte durch die Beschränkungen und Verbote des Devisenrechts von ihrer Entstehung an die Verbundenheit dieses Notrechts mit dem Privatrecht in manchen Punkten enger ist, als bei irgend einem anderen Zweig des öffentlichen Rechts. Es ist aber verfehlt, wenn man aus dieser Verbundenheit die Berechtigung herleitet, Begriffe des Devisenrechts in die Ordnung des Privatrechts einzureihen und Definitionen, die für bürgerlich-rechtliche Begriffe gefunden wurden, in gleicher Weise für das Devisenrecht zu verwenden.

Ich versichere hiermit an Eidesstatt, daß ich die Arbeit selbständig angefertigt und mich dabei anderer als der von mir im Literaturverzeichnis angegebenen Hilfsmittel nicht bedient habe.

Berlin, den 1. April 1936

Gerhard Petschelt

Lebenslauf.

Am 3. März 1911 wurde ich, Gerhard, Kurt, Konrad Petschelt, als Sohn des Rittergutsbesitzers Konrad Petschelt und der Frau Klara geb. Jurock zu Riegel-Simsdorf, Kreis Neumarkt i. Schl. geboren. Im Jahre 1930 verließ ich nach bestandenem Abiturientenexamen das Städt. Realgymnasium zu Liegnitz und begann alsbald mit dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften. Der plötzliche Tod meines Vaters brachte eine Unterbrechung vom 7. 1. 1931 bis zum Wintersemester 1932/33. An der Universität Königsberg i. Pr. erledigte ich mein Zwischenexamen und am 4. 9. 1935 die erste juristische Staatsprüfung am Kammergericht. Seit März 1936 befinde ich mich im Vorbereitungsdienst. Studiert habe ich an den Universitäten Breslau, Berlin und Königsberg i. Pr.

G. Petschelt.